

شرح
فتح القدير
للعاجز الفقير

تأليف
شيخ الاسلام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

الجزء التاسع

دار
الكتاب العربي

0164143



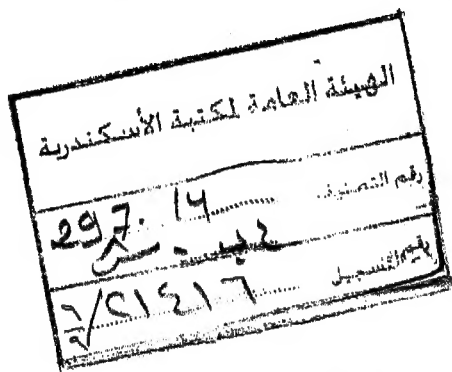
Bibliotheca Alexandrina

شرح فتح القدير
للعاجز الفقير

شرح فتح القدير للعسافز الفقيه

تأليف

أشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد



دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الجزء التاسع

(الجزء التاسع)

من شرح الهداية وهو نتائج الافكار
في كشف الرموز والاسرار لمولانا همس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكري ومالي وهي تكملة نفع القدير
للمحقق السكال بن الهمام رحمهم الله تعالى مع بقية الكفاية
لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكراني على الهداية شرح
بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام بهان الدين أبي
الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني
الرشدي المتوفى سنة ٥٩٣ هـ في
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبه امسه بقية شرح العناية على الهداية لا مام أكمل الدين محمد بن محمود
البارقي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي
الشهير بسعدى جلبي وسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ على شرح
العناية المذكور وعلى الهداية

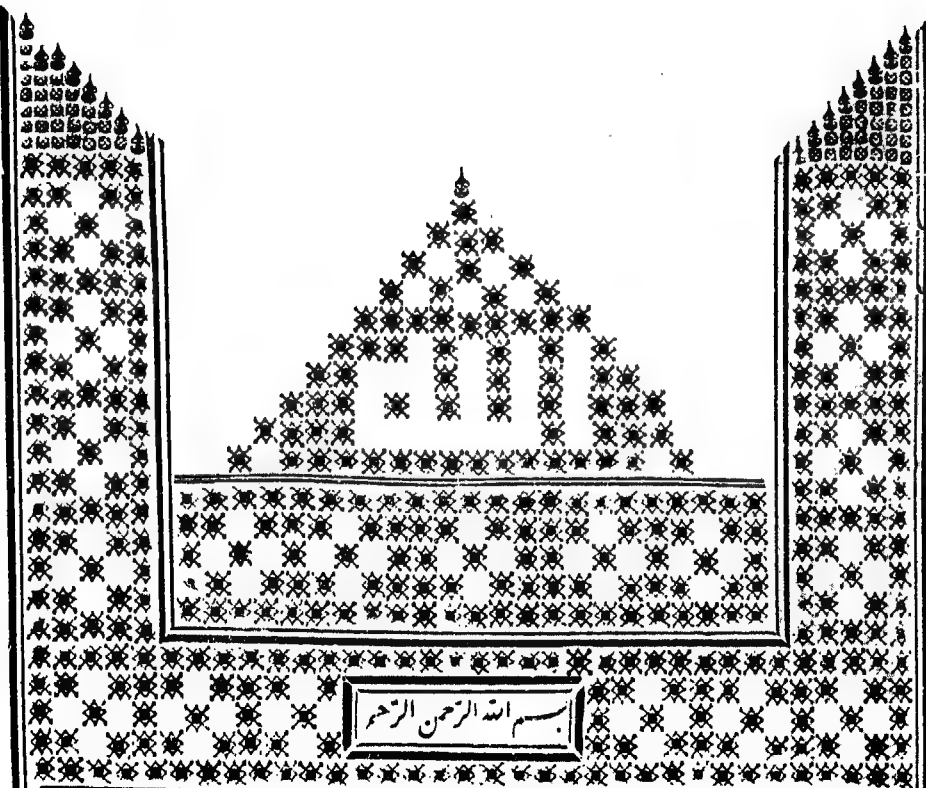
* (تنبيه) * قد جعلنا الهداية ونتائج الافكار التكملة والكفاية في الصلب
الاول في صدر الصحيفة ويليها الثاني مفصلاً بينهما بجدول ثم الثالث مفصلاً
بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي الاول في
صدر الهامش ويليها الثاني والتعقيب تابعة للهداية فليعلم

* (قال في كشف الظنون) *

ان الهداية كاترآن قد نسخت * ما صنعوا قبلها في الشرع من كتب
فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقال من زبغ ومن كذب
(وقال بعضهم)

بهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه
أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

هذا الكتاب من تصانيف المصنف المذكور في فهرست
مكتبة جامعة القاهرة
١٣٤٠



*** (كتاب احياء الموات) ***

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطالان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا مال له أو كان يملو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العاصر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال الرضى

*** (كتاب احياء الموات) ***

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره اهـ وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشئ لانه قل كتاب من الكتب بخلاف ما يكره وما لا يكره اهـ أقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشئ لان ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب ان الحاشية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لكانت بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذكره فانه ينفك في مواضع شتى (قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف

*** (كتاب احياء الموات) ***

(قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك) بان صارت سجة أو غلبت الرمال عليها فهذا تحديد لغوي ويزد عليه في الشرع أشياء يمانها في قوله فاما كان منها عاديا لا مال له أو كان يملو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العاصر فصاح لا يسمع الصوت منه فهو موات (قوله اذا وقف انسان من أقصى العاصر فصاح) في الذخيرة الفاضل بين القريب والبعيد مروى عن أبي يوسف رحمه الله قال يقوم رجل جهوري الصوت من أقصى العمرات على مكان عال وينادي بأعلى صوته فأنتى الموضع الذي لا يسمع فيه يكون بعيدا وعن أبي يوسف رحمه الله في

*** (كتاب احياء الموات) ***

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن بحاشيته التسبب للخصب في أوقات الانام ومشر وعينه بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضا مينة فهي له وشروطه سند ذكر في أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تلك المحي ما أحياء قال (الموات ما لا

ينتفع به من الاراضي) شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بان غلب عليه الرمال أو

صار سجة بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر الغظمه من أن يكون منسوباً الى عادلان عادلا لم يملك جميع أراضى الموات ولكن

مراده ما قدم خواجه كذا كر في الكتاب وقوله (أو كان يملو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض

(قال المصنف الموات ما لا ينتفع به من الاراضي)

المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم الاراضى المملوكة اذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقوله (واذا لم يعرف مالكة) من تمة قول محمد رحمه الله وقوله (فيدار الحكم عليه) أى على القرب مرجع حكمى بفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياء) واضح

أقول تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوى (قال المصنف ومعنى العادى ما قدم خرابه) أقول لأن يكون منسوب الى عادى ونسب كل أثر قديم اليهم لتقدمهم قال عليه الصلاة والسلام عادى الارض لله ورسوله ثم هو بعد منى لكم رواه سعيد ابن منصور وأبو عبيد كذا فى شرح الكاشى وفى كلامه تناقض ظاهر والظاهر أن مراده من قوله لأن يكون منسوب الى عادى تنسب المملوكة (قوله فيدار الحكم عليه أى على القرب) أقول أى القرب مرجع لفهم عليه حكمى أى مذكور حكما لفهمه من قوله قريبا كقوله تعالى اعدوا لهواهم أقرب للفقوى

الله منه هكذا ذكره القدورى ومعنى العادى ما قدم خرابه والروى عن محمد رحمه الله انه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق به ليكون مملوكا مطلقا ما لا يملكه المسلم أو ذمى لا تكون مواتا وإذا لم يعرف مالكة يكون لجساعة المسلمين ولو طهر له مالك برده عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قاله شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا يقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخوارزاده رحمه الله ونسب الائمة السرخسى رحمه الله انه اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء باذن الامام ملكه وان أحياء بغير اذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال مالكه) لقوله عليه السلام من أحياء أرضا مائة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فملكه كفى الحطب والصيد ولا يحنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به

لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوى اه أقول توجهه الذى ذكره بقوله ولك ان تقول الى آخره ليس بنام قيد أن لا يكون له مالك معتبر فى معناه اللغوى أيضا قال فى الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التى لا مالك لها من الأتيمين ولا ينتفع بها أحد اه وقال فى القاموس والموات لغراب الموت وكسحاب الماروح فيه وأرض لا مالك لها اه فعلى تقدير أن يحمل مافى الكتاب على تفسير المعنى اللغوى يكون تفسير بالاعم أيضا ليقال أصل المعنى اللغوى للموات الماروح فيه والذى ذكره فى الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفى أو الشرعى فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبرا فى معناه اللغوى لانه يقول الظاهر المتبادر من أن يذ كر معنى اللفظى كتب الائمة بلاضافة الى العرف والشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوى سيما من قيد أيضا فى قوله فى الصحاح والموات أيضا الارض التى لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوى هو الذى ذكرناه فلا شك أن الماروح فيه أعم من الارض التى لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحمل مافى الكتاب على تعريف المعنى اللغوى يكون تعريفا بالاصح وهو ليس باقل فبحان من التعريف بالاعم وبهذا الذى ذكرناه يظهر أنه بشكل أيضا ما ذكره تاج الشريعة صاحب الكفاية فى شرح هذا المقام حيث قال قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض تحديد لغوى وزيد عيسى فى الشرع أشياء أخر يبانها فى قوله فسا كان عاديا لا مالك له أو كان مملوكا كفى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان فى أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات اه تأمل تغف (قوله ولا يحنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به) أقول لغائل أن يقول ان اعترضهم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستقر فى التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير توقف على اذن الامام وان لم يعتبر ومما لا يتم المطلوب ههنا فقلت عمومهم غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام ومذ كرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه فقلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب

رواية أخرى أن البعيد قدر غلوة (قوله ومعنى العادى ما قدم خرابه) يعنى ان لا يكون منسوب الى عادى كما هو مقتضاه وفى المبسوط قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عادى الارض لله وللرسول فمن أحيى أرضا مائة فهي له والمراد منه الموات من الارض سمها عاديا على انها خرجت على عهد عاد وفى العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضى الزمان عليه ينسب الى عاد فعنه ما تقدم خرابه فيما يعلم انه لاحق لاحد فيه (قوله واذا لم يعرف مالكة يكون لجساعة المسلمين) من تمة قول محمد يعنى اذا لم يعرف مالكة يكون لجساعة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لاحد ان يملكه على التخصيص (قوله فيدار الحكم عليه) أى على القرب والبعد وعند محمد رحمه الله يدار الحكم على حقيقة الارتفاق

(وقوله وما روي به يحتمل أنه أذن لقوم (٤) لانصب لشرع) تقر به أن المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والاخر

وما روي به يحتمل أنه أذن لقوم لانصب لشرع ولأنه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحداث يختص به بدون اذن الامام كافي سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاء بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياءها ثم تركها فزرها غير فقد قبل الثاني احق به لان الاول ملك استغلالها لاقربتها فاذا تركها كان الثاني احق به والاصح ان الاول ينزعها من الثاني

(قوله وما روي به يحتمل أنه أذن لقوم لانصب لشرع) تقر به أن المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاه أو رعى في صلته فليس صرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذا القوم معينين وتجرى على القتال لانصب لشرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه إلا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من احياء أرضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحا كذا في العناية وغبرها قال تاج الشريعة فان قلنا ما روى عام خص منه الحطب والحشيش وما روي به يخص فيكون العمل به أولى قلنا ما ذكره لبيان أنه لا يجوز الاقتيات على رأى الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضا الركب كسائر الاموال فكان ما قلنا أولى اه واقتنى أثره صاحب السكافة والعيون أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون ما روى عام خاص منه الحطب والحشيش انما يقتضى كون العمل به أولى لكونه مما لم يخص أن لو خص الحطب والحشيش بماء واه بكلام موصول به اذ نصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كعرف في علم الاصول وأما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بماء ومفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بماء واه اذ نصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيافي الباقي كسائر القطعيات كما تقر في علم الاصول أيضا ولا شك أن تخصيص الحطب والحشيش بماء واه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فبناء الجراب عليه يؤدى الى المصادرة فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونهم من الغنائم دليل آخر عقلى لا يوجب حجة مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في تمسية الدليل العقلى فبالمصرى الى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول في هذا التعليل شىء وهو أنه سيجب في الكتاب أن المسلم والذى مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذى قتله (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثاني

اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاه أو رعى في صلته فليس صرف والاخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذا القوم معينين فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من احياء أرضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام من احياء أرضا ميتة فهي له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لئلا الحكم واپس فيه ما منع كونه مقرر وما باذن الامام وقوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرأة الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله (والاصح أن الاول ينزعها من الثاني) بيانه أن المشايخ وهم الله اختلفوا في أن احياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أجد البطحى رحمه الله الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل صدق عاتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه أضاف بلام التملك في قوله فهي له وملكه

لا نزول بالترك ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظر لانه حمله على كونه
اذنا لشرع فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وإن كان اذنا لانه لكنه إذا أذن له (هـ) الامام كان شرعا لا ترى أن من قال له

الامام من قتل قتيلا فله سلبه
ملك سلب من قتله وقوله
(لتعنيها لتطرقه) لانه حين
سكت عن الاول والثاني
والثالث صار الباقي طريقا
له فاذا أحياه الرابع فقد
أحيا طريقه من حيث
المعنى فيكون له فيه طريق
قال (وذلك الذي بالأحياء)
المسلم والذي في تلك
مأحياء سواء لاستوائهما
في السبب والاستواء في
السبب يوجب الاستواء في
الحكم كما في سائر أسباب
الملك حتى الاستيلاء فان
الكافر يملك مال المسلم
بالاستيلاء على أصلنا
كالمسلمين (قوله ومن جبر
أرضا) يجوز أن يكون من
الجبر بفتح الجيم وسكونه
ومعنى الاول أعلم بوضع
الاحجار حوله لانهم كانوا
يفعلون ذلك ومعنى الثاني
أعلم بجبر الغير عن أحيائهم
فكان التججير هو الاعلام
فاذا جبر أرضا ولم يعمرها
ثلاث سنين أخذها الامام
ودفعها الى غيره والأصل
في ذلك أن المشايخ رحمهم
الله اختلفوا في كونه مفيدا
للمالك فمنهم من قال لا يفيد
ملكاً مؤقتاً الى ثلاث سنين
وقيل لا يفيد وهو مختار
المصنف رحمه الله أشار إليه

لانه ملكها بالأحياء على ما نطق به الحديث اذا الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن أحيا
أرضاً ميتة ثم أحاط الأحياء بجوانبها الاربع من أربعة نغز على التعاقب فعن محمد بن طريق الاول في الارض
الرابعة لتعنيها لتطرقه وقصد الرابع ابع ابطال حقه قال (وذلك الذي بالأحياء كما ملكه المسلم) لان الأحياء سبب
الملك الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء
على أصلنا قال (ومن جبر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان
ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والحراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره تحصيله لا لا مقصود

لانه ملكها بالأحياء على ما نطق به الحديث اذا الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك قال في
الغنياء ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه
نظر لانه حمله على كونه اذنا لشرع فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وإن كان اذنا لانه لكنه إذا أذن له
له الامام كان شرعا لا يرى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله
بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينما فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الامام هنا بخلاف
الاذن في الأحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك اه أقول الفرق الذي ذكره ليس بشأن لان لام
التمليك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل
وجود لفظ التملك شرطاً في اذن الامام في أحد المقامين دون الآخر فتحكم بحيث لم يسمع ذلك من أئمة الشرع
(قوله ومن جبر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) والأصل في ذلك ان المشايخ
اختلفوا في كون التججير مفيداً للمالك فذهب بعضهم من قال لا يفيد ملكاً مؤقتاً الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو
مختار المصنف أشار إليه بقوله هو الصحيح قيل ونمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث
سنين وأحياء فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للتججير
حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل
والحق الكامل هو الملك وجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس
بمحجة كذا في الغنياء وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وأنت خير بيان المصنف استدلاله على الترك
ثلاث سنين بهذا المارقي وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع اه أقول جوابه ليس بسديد
اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول
عمر رضي الله عنه ليس للتججير بعد ثلاث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على
ثبوت حق التججير قبل ثلاث سنين اذ هو مقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ومساوياً وأورد على أن
استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بشأن لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المزبور
(قوله لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والحراج فاذا لم
تحصل يدفعه الى غيره تحصيله لا لا مقصود) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لا يقتضي أن يأخذها

قال بعض المشايخ ثبت ملك الاستغلال دون ملك الرقبة فمنهم الفقهاء أبو القاسم أحمد بن حنبل وعامة المشايخ
يقولون يملك رقبته كذا في النخبة (قوله لانه ملكها بالأحياء على ما نطق به الحديث) اذا الاضافة فيه بلام
التمليك وهو قوله عليه السلام من أحيا أرضاً ميتة فهي له (قوله لتعنيها لتطرقه) وقصد الرابع ابع ابطال حقه
لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقاً له فاذا أحياه الرابع فقد أحيا طريقه من
حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (قوله حتى الاستيلاء على أصلنا) أي كان المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا) أقول لم يحمل عليه بل قال يحتمل أن يكون اذنا لكن الاحتمال كاف في اراد
السؤال (قوله لكنه إذا أذن له الامام كان شرعا لا يرى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فبينما
فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الأحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التملك

بقوله (هو الصحيح) قبل وثمرة الخلاف (٦) تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياءه فانه ملكه على الثاني

ولان التحجير ليس باحياء لملكه به لان الاسماء انما هو العمارات والتحجير الاسلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله أو بملونه بخر غيرهم عن احيائه ببق غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول رضى الله عنه ليس التحجير بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا علمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهي أمره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقد رناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد اثناء ما اظهر أنه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياءها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقيق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيلاء فانه يكره لو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الجربان غير زحولها اغصانها باسنة أو في الارض وأحرق ما فيها من الشوك وأخذ ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسنة ليعلم الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعاً أو ذراعين وفي الاخبار ورود الخبر ولو كررها وسقاها فمن مجد أنه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيراً وان سقاها مع حفر الأنهار كان احياء لوجود الفسطين ولو حوطها أو سنها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جلة البناء وكذا اذا بنى بها قال (ولا يجوز احياء ما قرب من العاصي وترك مرعى لاهل القرية ومطر حاصاً ندهم) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون موانعاً لعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالمخ والابار التي يستقي الناس منها الماء كبرنا قال (ومن حفر بئراً في بئر فله حريتها) ومعناه اذا حفر في أرض موات باذن لامام عنده أو باذنه وبغير اذنه عند هملان حفر البئر احياء قال (فان كانت للعطن فريتها أو بعون ذراعاً)

الامام ويدفعها الى الغير بعد احياءه أيضاً اذ لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلاً لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصاً له من التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدّر أن يدفع مملوكاً أحداً الى غيره لا تنفع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك بذلك قلت فيجوز للمصير الى التعطيل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس باحياء لملكه به فلا يكون التعطيل الاول مفيداً للمدعي بدون الثاني مع أن أسلوب تحريره يأنى ذلك كما ترى (قوله) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعطيل لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أي عند مجرده انه أو دلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحجراً باعتبار قطع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة أو في أثره صاحب

عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فكذلك الكافر أيضاً يملك ما بالمسلم بالاستيلاء (قوله) أو يعلمونه بخر غيرهم) أي أو يعاون الموات بشئ آخر سوى الاحجار منع غيرهم (قوله) ليس التحجير بعد ثلاث سنين حق) والاصح لمحجر من احجر الارض أي اعلم على ما في حدودها يجوزها أو منعها كذا في المغرب (قوله) وفي الاخبار ورود الخبر) يعني في البئر وهو قوله عليه السلام من حفر بئراً قد اذرع فهو محجور (قوله) ولو كررها وسقاها فمن مجد رحمه الله انه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً وفي المبسوط ولو كررها أو ضرب عليها المسنة أو شق لها نهر أو احياء وفي الخبر ذكروا من امتزجه الله ان احياءه ان يجعلها صالحة للزراعة بان كررها أو ضرب عليها المسنة أو حفر لها بئراً (قوله) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة) أي عند مجرده ودلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله (قوله) وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه) هذا استدلال بان ما افتقر اليه الناس كالمخ والابار التي يستقي الناس منها لا يجوز قطع منفعتهم بالقطع من أحد فكذا لا يجوز احياء ما تعلق به حق العامة كفي النهر والطريق (قوله) ما ذكرنا) أي لعلق حقهم بها (قوله) فان كانت للعطن) وهي التي ينزع الماء منها باليد غير غيرها بعون ذراعاً والعطن مناع الابل ومبركها حول الماء وان كانت للناضح وهي التي ينزع الماء منها بالبعير والناضح هو البعير غير غيرها مستنون ذراعاً وهذا

ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روى عن عمر رضى الله عنه ليس التحجير حق بعد ثلاث سنين ففي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله (من غير أن يتم المسنة) هو ما بيني للسيل ليرد الماء وقوله (وفي الاخبار) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئراً مقدراً ذراعاً فهو محجور وقوله (تحقيق حاجتهم اليها حقيقة) يعني عند مجرده الله (أو دلالة) عند أبي يوسف رحمه الله وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله وبمحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية منها حقيقة المخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلاً أرضاً أي أعطاه اياها ونخصه بها وقوله (ما ذكرنا) اشارة الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها العطن مناع الابل ومبركها

(قوله) والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة أقول وأنت تبيير بان المصنف استدلل على الترك ثلاث

قوله (فبيل الاربعون من كل الجوانب) يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع (٧) لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر

بئر افله مما حولها أربعون ذراعا عطاها لما شئت منه فانه بظاهرة يجمع الجوانب الاربع والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحرم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كي لا يحفر بجزمه أحد بئر أخرى فيتحول البها ما بئر وهذا الضرر لا يسدفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين فان الاراضى تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله ماروينا) يريد به قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطاها لما شئت منه فيكون قد فصل بين العطن والناضح وأجيب بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الآبار في الغلات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كافي قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالا كل ولكن الغالب من أمره الاكل

لقوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا عطاها لما شئت منه فبيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب لان في الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح فخرى بها ستون ذراعا وهذا عندهم او عند أبي حنيفة أربعون ذراعا) لهذا قوله عليه السلام حرىم العين خمسمائة ذراع وحرىم بئر العطن أربعون ذراعا وحرىم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير دابته للاستقامة وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقامة منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ماروينا من غير فصل

الاعتناء بتواضع العيني أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشرح في حلهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا واذا الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاع أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريباً من القرية اه اذ يضر قوله على ما بيناه حيث نزلناظر الى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو لدلالة فبحسن رأيا على ما ذكره هؤلاء الشرح في بصر قوله المزبور ناظر الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركائز أما أولا فلانه كان ينبغي اذ ذلك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو لدلالة كمالا يشبه على ذى فطرة سليمة وأمانيا فلانه يلزم حينئذ أن يقصر حواله البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له (قوله لان في الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالغشاء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضى لا غير ذلك كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعاً فلا بد من أدلة التفرع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لان قوله عليه الصلوة والسلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا ظاهراً في كون الاربعين من كل الجوانب الاربعه على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح وقد تقرر في علم الاصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحرم دفع الضرر عن صاحب البئر ولا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب لزم الخرج وهو مدفوع بالنص فكان ما آل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الخرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المودى الى الخرج وبردك اليه تقرر صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكي لا يحفر أحد في حرىم بئر أخرى فيتحول البها ما بئر وهذا الضرر لا يسدفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضى تختلف في الصلابة والرخاوة فربما يحفر بئر أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه فينعطل عليه منفعة بئر وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين اه فتدبر (قوله وله ماروينا من غير فصل

عندهما (قوله وله ماروينا من غير فصل) أي بين بئر العطن وبئر الناضح وهو قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حولها أربعون ذراعا عطاها لما شئت منه فان قيل لما قيد في ذلك الحديث أربعون ذراعا بالعطن بقوله عليه السلام عطاها لما شئت فكيف يكون وايت ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح قلنا ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الآبار في الغلات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كافي قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالا كل ولكن الغالب من أمره الاكل فانخرجه على ما عليه الغالب

فانخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى أبو يوسف رحمه الله قال حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أنه قال حرىم البئر أربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا ولا يدخل عليه أحد في حرىم مائة

والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولأن القياس يابى استحقاق الحریم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارض فيه حفظناه

والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد بقوله ما روينا قوله عليه السلام من حفر بئرأله مما حولها أو بعون ذراع أو بقوله من غير فصل أي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرأله مما حولها أو بعون ذراع أو بقوله أولى عنده أي عند أبي حنيفة ترجحه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حریم العين خمسمائة ذراع وحریم بئر العطن أربعون ذراع وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً كذا في العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة منقوض بما إذا كانت البئر عيناً فإن حریمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سيأتي مع أن ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بئرأله مما حولها أو بعون ذراع لا يفصل ذلك أيضاً وإن كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضى أن يكون حریمها أربعين ذراعاً عنده فليتماثل في الفرق (قوله ولأن القياس يابى استحقاق الحریم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارض فيه حفظناه) يعنى أن الحديثين اتفقا في الأمر بعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما رواه الأربعة من تعارضان العام بينهما وبين الخاص يشبهه فتساقطاً فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لأن المتعارضين من الدليلين إنما يتساطان إذا لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر وأما إذا كان لأحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والأمر فيما نحن فيه كذلك لأن العام إنما ينفي ما رواه الأربعة بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وإن سلم أنه ينفي ذلك بمنزلة فإنه لا ينفي بطريق الإشارة والخاص يشبهه بطريق العبارة وقد تقررت في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن يترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فإن قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعنى به صورة المعارضة كما يقال إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتضى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح إذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تنافي بها كان أحدهما على الآخر كما سلم قول المصنف وفيما تعارض فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما رواه الأربعة من تعارض فتساقطاً فعملنا بالقياس إذا تساقط العمل بالقياس إنما يتصور في حقيقة التعارض بأن يتساوى باقي القوة ولم يوجد الخاص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على الترتل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعنى لو سلم عدم رجحان

وقوله (والعام المتفق على قبوله والعمل به) يريد قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرأله كما تم من تفيد العموم (أولى عنده) أي عند أبي حنيفة ترجحه الله (من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهري حریم العين خمسمائة ذراع وحریم البئر العطن أربعون ذراعاً وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً ورد عموم الأول بان معناه من حفر بئرأله مما حولها أو بعون ذراعاً وهو خاص بالعطن كما ترى وأجيب بأن غطنا ليس صفة البئر حتى يكون مخصوصاً وإنما هو بيان الحاجة إلى الإربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فإنه يابى استحقاق الحریم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكن تركناه به

(قوله والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) ولهذا ترجح قوله عليه السلام ما أخرجت الأرض فقيهه العشر على قوله عليه السلام ليس فيه ما دون خمسة أو سق صدقة وعلى قوله ليس في الحضرات صدقة (قوله تركناه) أي القياس فيما اتفق عليه الحديثان وهو أربعون وفيما تعارض فيه وهو رواه الأربعة من العام بينهما وبين الخاص يشبهه وإنما قلنا ذلك لأن للعام مو جبين أحدهما أن يكون الحریم أربعين والثاني أن لا يكون زائداً حيث ذكر بكاهتمن وهى للتبعيض والتمييز مجتمع عليه الزيادة فإن قيل كيف يتعارض الحديثان وقبول أحدهما متفق على قبوله والآخر مختلف فيه قلنا يعنى صورة المعارضة كما يقال إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم

ولانه قد يستقي من العطن بالناضخ ومن بئر الناضخ باليد فاستوت الحاجة ففهم ما يمكنه أن يدبر البعير حول
البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عيناه غير محسنة ذراع) لما رويانا لان الحاجة فيه
الى زيادة مسافة لان العين تسخر جلازراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء
ومن موضع يجري فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمس مائة بالتوقيف والاصح أنه خمس مائة
ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين
والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بئر اوفى أراضيها رخاوة فبإزاء كى لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول
قال (فن أراد أن يخفر في حريمها ممنعه) كى لا يؤدي الى تعويث حقها والاخلاق به وهذا لانه بالحفر ملك
الحريم ضرورة تمكنه من الانتقاء به فليس لغيبه أن يتصرف في ملكه فان احتقر آخر بئر في حريم الاول
للاول أن يصلحه ويكبسه تبرعوا لو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذ به كبسه لان الزالة جناية تخفر به كفى
الكناسة يلحقها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقبل يضمه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره
وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الاول فلا ضمان
فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لا يحميه أنه يجعل في
الحفر تحجير او هو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطف في الثانية ففيه الضمان لانه
متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئر او اهرم الاول فذهب ماء البئر الاول فلا يحمي عليه لانه
غير متعد في حفره والثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه
(والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعند
لالحريم لهما تالم فظهر الماء على الارض لانه من في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على
الارض هو بمنزلة عين فواره في حريمه بخمس مائة ذراع (والشجرة تعمر من في أرض مواتها حريم أيضا حتى

أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارض فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفي فيما
نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولانه قد يستقي من بئر العطن بالناضخ ومن بئر الناضخ باليد فاستوت الحاجة
فهم) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقي منه باليد ومن بئر
الناضخ ما يستقي منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقي من بئر العطن بالناضخ ومن بئر الناضخ باليد ولئن
سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين
بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بئر اوفى أراضيها رخاوة فبإزاء كى لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول) أقول
فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأى أصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا
عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه مذكر فيما قبل لا غير فصير الزيادة عليه عملا بالرأى فيما هو من
المقادير وهو لا يجوز فليتبأمل في الدفع (قوله وما عطف في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك
غيره) أقول في التعديل قصور لانه لا يتشبه فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على أصل أبي حنيفة فانه يجعل

(قوله لما رويانا) وهو قوله عليه السلام حريم العين خمس مائة ذراع (قوله والذراع هو المكسرة) وفي
المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بالمكسرة لانها نقصت من ذراع
الملك بقبضة وهو بعض الاكسرة لا الكسرى الاخيرة وكان ذراعه سبع قبضات (قوله وقد بيناه
من قبل) أي بينا الوجه في ان الخمسمائة تعسب من كل جانب (قوله كما اذا هدم جدار غيره) أي يضمه
النقصان ويبني الجدار بنفسه (قوله وذكر طريق معرفة النقصان) وهو ان يقوم الارض قبل حفره
ويقوم بعد حفره فيضمن التفاوت (قوله والعذر لا يحميه أنه يجعل الحفر تحجير او هو بسبيل
منه) يعني يجعل الحفر التام بغير اذن الامام بمنزلة من حفر بئر أو ذراع باذنه ثم يكون ذلك تحجير او لم يثبت
له الملك بذلك القدر فكذلك الحفر التام بدون اذن الامام لان في الحفر التام وان وجدت العلة لكان الشرط
وهو اذن الامام لم يوجد فلم تعمل العلة لعلها فلا يثبت الملك فيسقط التحجير ولا يكون متعديا فلا يضمن

فان قيل فاتر كره في الناضخ
أي الحديث الزهري للثلا
يلزم التحكيم قلنا حديثه فيه
معارض بالعموم فيجب
المصير الى ما بعده وهو
القياس لحفظنا قوله
لما رويانا اشارة الى قوله عليه
السلام والذراع هو المكسرة
خمس مائة ذراع وقوله
(والذراع هي المكسرة)
يعني أن يكون ست قبضات
وهو ذراع العامة وانما
وصفت بذلك لانها نقصت
عن ذراع الملك وهو بعض
الاكسرة بقبضة وقوله
(لما بينا) اشارة الى
ما ذكره في كتاب الطهارة
من قوله بئراع الكرباس
توسعة على الناس فانها هي
المكسرة قال (فن أراد أن
يخفر في حريمها ممنعه)
كلامه واضح وقوله (أن
يطاعه) أي يصلحه ويكبسه
من باب أعجبني زيد وكرمه
في كون العطف للتفسير
فان اصلاجه كبسه وقوله
(وذكر طريق معرفة
النقصان) وهو أن يقوم
(قوله اشارة الى ما ذكره
في كتاب الطهارة) أقول في

الأولى قبل حفر الثانية وبعدة فيضمن نقصان ما بينهما والقناة تجري الماء تحت الأرض تسمى بالفارسية كرو قوله (به ورد الحديث) بر يده ماروى أن رجلاً غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرة ففسدت صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحرم خمسة أذرع وأطلق لآخرفيما وراءه وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لو أن نهرال رجل وأرضه على شاطئ النهر لا خرفتنا نازعا في المسئلة فان كان بين الأرض وبين النهر حائل كالخائط ونحوه فالمسئلة لصاحب الأرض بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رحمه الله هي لصاحب الأرض (١٠) وصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الأرض اذا أراد رفعها أى هدمها كان لصاحب

النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله المسئلة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في تركيز لا يحتاج الى كرهه في كل حين أما الانهار الصغار التي يحتاج الى كرهها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية ونظائر كلام المصنف ينابيعه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعني في بجماع الاحتياج فان استحقاق الحريم للعاجلة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدي الحكم منها اليه (وله أن القياس يا باه على ما ذكرناه) يعني قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم الى آخره وفي البئر عرفناه بالآخر فكان الحكم معدولاً به عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة الى الحريم فيه) أي في البئر جواب عما قال

لم يكن لغيره أن يغرس شجرة في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يحد فيه ثمه ويضع فيه وهو مقدار خمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وماترك الغران أو الدجلة وحده الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه) لحاجة العامة الى كونه نهراً (وان كان لا يجوز أن يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريم العامر) لانه ليس في ملك أحد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة الآن يقيم بينة على ذلك وقال له مسئلة النهر عشي عليها يلقى عليها طينه) قبل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهر في أرض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عند وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسهيل المساء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد لا يخرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس يا باه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالآخر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر اعتبارا بالنهر والقول لصاحب اليد وعدم استحقاقه لعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلها ما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه

الحفر هناك تحجيراً كما مر آفواو مجرى التحجير لا يصير البئر لاولى ولا حريمها ملكاً للبحر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالاولى في التعليل أن يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره بالاتفاق والقناة تجري الماء تحت الأرض (قوله وهو مقدار خمسة أذرع) به ورد الحديث فان رجلاً غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرة ففسدت صاحب الشجرة الأولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحرم خمسة أذرع وأطلق لآخرفيما وراءه وهو حديث صحيح مشهور كذلك في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله (قوله لان قهر الماء يدفع قهر غيره) الاحياء شرطه ان تكون الأرض في قهر الامام فاذا عدل عنه ولم يجز عوده فالت قهر الماء فصار في قهر الامام فيجوز احياؤه اذا لم يكن حريم العامر (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رحمه الله) قال أبو جعفر الهندواني رحمه الله في كشف الغوامض الاختلاف في تركيز لا يحتاج الى كرهه في كل حين وأما الانهار الصغار التي تحتاج الى كرهها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق (قوله وله ان القياس يا باه على ما ذكرناه) وهو قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر رأى الاستحقاق بالعمل وهو الحفر ولا عمل في غيره وموضع الحفر فلا يستحق (قوله ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه)

هاب أنه على خلاف القياس فليحق به بالدلالة ووجهه أن الالتحاق بالدلالة انما يكون للأعلى بالادنى والمساوى وله الامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه أي في البئر بمعنى القليب فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالتحاق وقوله (وجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد) من جهة ما وقوله (ولعدم استحقاقه الى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله

باب الماء الذي يجوز به الوضوء فيرد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن المسئلة تعتبر من كل جانب ولكن لم يذكر بيان النزاع انتهى فتأمل (قال المصنف والقناة حريم بقدر ما يصلح) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع (قال المصنف لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم) أقول لانه يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسطه

وقوله (أما صورة فلاشوا بينهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسئلة مرتفعة (١١) من الأرض فاما إذا كانت المسئلة

أرفع من الأرض فهي
لصاحب النهر لأن الظاهر
أن ارتفاعه لارتفاع طينه
وقوله (يقضى للذي في يده
ما هو أشبه بالمنزاع فيه)
هو الموعود بقوله على
ما ذكره وقوله (والقضاء
في موضع الخلاف) أي في
مسئلة من كان له نهر في
أرض غيره قضاء ترك
للقضاء ملكا فلو أقام صاحب
النهر البينة بعد هذا على
أن المسئلة ملكه تقبل بينته
ولو كان قضاء ملكا لما قبلت
بينته لأن المقضى عليه في
حادثة قضاء ملك لا يصير
مقتضيا له فيها وقوله (ولا
نزاع فيها به اسماء الماء)
جواب عن قوله ما أن
الحريم في يد صاحب النهر
بامسالك الماء وهو واضح
وقوله (والمائع من نقضه)
جواب عن قولهما ولهذا
ذلك صاحب الأرض نقضه
وذكر رواية الجامع
الصغير لأنه يتبين بهاموضع
الخلاف وقوله (ليس
لأحدهما عليه) أي على
المسئلة بتأويل الحريم
(قوله يشير إلى أن الخلاف
الح) أقول لا يخفى عليك مافي
الإشارة من الظاهر أن
تقول المراد بالاستواء هو
الاستواء صورة بان لا يرتفع
الحريم من الأرض لا
الاستواء في الأرضية (قوله

وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاشوا بينهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر
شاهد من في يده ما هو أشبه به كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر علق على باب
أحدهما يقضى للذي في يده ما هو أشبه بالمنزاع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيه به
اسم الماء إنما النزاع فيما رواه مما يصلح للغرس على أنه أن كان مسئلة ماء نهر فلا خردافع به
الماء عن أرضه والمائع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائز لرجل ولا خردافع به
من نقضه وان كان ملكا وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسئلة ولا خردافع المسئلة أرض تتركها
وليست المسئلة في يدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة وقاله لصاحب النهر حرر على الملق طينه
وغير ذلك وقوله وليست المسئلة في يدهما معناه ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين مافي فينكشف بهذا
اللفظ موضع الخلاف أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لأنه صاحب بدلو كان عليه غرس
لا بدوى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده
وعندهما لصاحب النهر وما القاء الطين فقد قيل أنه على الخلاف وقيل أن لصاحب النهر ذلك ما لم يقش
وأما المرو فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله في الغرس
إذا شئت أن الحق يثبت بالتجبر كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام أن يأخذها من يد الحجر ويدفعها
إلى غيره إلا إذا تجرأ رضوا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيتمنى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة
أيضا على أصل أن المسئلة ثلاثة أجناس (قوله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاشوا بينهما ومعنى
من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما
إذا لم تكن المسئلة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسئلة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لأن
الظاهر أن ارتفاعه لارتفاع طينه انتهى وتبعه العيني أقول ليس هذا بشرح سد يدان الإشارة إلى ما ذكره إنما
يتصور أن لو كان المراد بالاستواء بينهما في قوله صورة لاستوائهما في الارتفاع والارتفاع في أي
الاستواء المسمى ولا يذهب على ذي مسئلة أن المراد بذلك إنما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية فكيف لا
والاستواء بالمعنى الأول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك ولو كان المراد ذلك لاختل التعليل
المذكور تبصر (قوله وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر)
قال بعض الفضلاء فيه بحث ألا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول

يعنى لما استحق الحريم عندهما بالحفر ثبت البدع على الحريم والقول لصاحب اليد وعدم استحقاقه تنعدم
البدع على المالك فيحق الحريم عند أبي حنيفة ترجحه الله بالحفر تنعدم البدع على الحريم والظاهر بشهد لصاحب
الأرض على ما ذكره وهو قوله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى فيكون القول بقوله في الحريم (قوله والقضاء
في موضع الخلاف قضاء ترك) أي لا قضاء ملك واستحقاق وانما ذكر هذا لأن صاحب النهر لو أقام بينته بعد هذا
على أن المسئلة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته وذلك لأن الأصل أن من صار مقتضيا عامه في
حادثة لا يصير مقتضيا له في تلك الحادثة أبدا إلا إذا كان القضاء تركا فإنه يصير مقتضيا له بعد إقامة البينة وفي قضاء
الترك لو ادعى ثالث وأقام البينة تقبل بينته وفي قضاء الاستحقاق لا تقبل بينته إلا إذا ادعى تالي الملك من جهة
المقتضى (قوله وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسئلة ولا خردافع المسئلة أرض تتركها وليست المسئلة
في يدهما) أي ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين لمق أنما أو رد رواية الجامع الصغير لينكشف موضع
الخلاف أن الخلاف فيما إذا لم يكن الحريم في يدهما إذا كان في يدهما فصاحب اليد أولى بالاتفاق وأما
القاء الطين فقد قيل أنه على الخلاف وقيل لصاحب النهر ذلك ما لم يقش وهو الصحيح وأما المرو فقد قيل يمنع
صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وهو الأشبه وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله آخذ بقوله في الغرس

هو الموعود بقوله على ما ذكره) أقول فيه بحث بل الموعود بقوله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف وغرة الاختلاف الح) أقول فيه بحث
إذا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

﴿فصول في مسائل الشرب﴾ * ﴿فصل في المياه﴾ * لما فرغ من احيا الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احيا الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل (١٢) الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفة أسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها هنا

ويقولهما في القاء الطين ثم عن أبي يوسف أن حريم مقدار نصف النهر من كل جانب وعن مجاهد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

﴿فصول في مسائل الشرب﴾ *

﴿فصل في المياه﴾ * وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبي آدم والبهائم اعلم أن المياه أنواع منها ماء البحر ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من أراد أن يكرى نهرها من الأرض لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني ماء الودية العظام كيجيون وسجيون ودجلة والغرات للناس فيمحق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد أرضا مئة وكري منه نهر ليس بينهما ان كان لا يضر بالعمامة ولا يكون النهر في ملك أحده ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعمامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يعمل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا انصب الرحي عليه لان شق النهر للرحي كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقام فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلال

لا وجه لكاله هذا أصلا فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده وصاحب النهر عندهما لا شك أن ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا سترة به فكيف خفي على مثل ذلك القائل

﴿فصول في مسائل الشرب﴾ *

﴿فصل في المياه﴾ * لما فرغ من ذكر احيا الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احيا الموات

ويقولهما في القاء الطين والله أعلم بالصواب

﴿فصول في مسائل الشرب﴾ *

﴿فصل في المياه﴾ * قوله الشفة واحد الشفاة وأصلها شفة أسقطت الهاء تخفيفا يقال هم أهل الشفة أي الذين لهم حق الشرب بشفاهم وان يسبقوا دوابهم (قوله والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر) لان هذا الماء ليس لأحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت قهر أحد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء (قوله والثاني ماء الودية العظام) هي جمع الودى على غير القياس وأصل التر كيب يدل على الجري والخروج فسمي الودى به لان الماء يدي فيه أي يجري ويسيل فكان فيه اطلاق لاسم الحال على المحل كذا في الصحاح وغيره وجيون نهر يزيد وخوارزم وسجيون نهر الترك ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد والغرات نهر الكوفة وفي المغرب ضفة النهر جانبه بالكسر والغخ (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلال والنار) أما الماء فلانه صار وجودا بإيجاد الله تعالى في مكانه فيبقى على الاباحة حتى يحرق اذا أخذ به وجهه في وعائه صار أخص به وجاز بيعه كالبيد يصير مملوكا بالاسية لاء وأما الكلالة فهو الحشيش الذي ينبت من غير أن ينبت أحد فلا يملك صاحبه بكونه في أرضه فان قطعه غيره وأحرزه ملكه وصار أخص به وأما الحشيش الذي أنبتته صاحب الارض بأن سقى أرضه وكره ما فانت الحشيش في الدواب فهو أحق بذلك وليس لأحد أن ينتفع به الا رضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكسب والشجر اذا نبت في أرض انسان يكون لصاحب الارض والشجر مال ساق نحو السوس والشرك والحشيش لا ساق له اذا نبت بل ينسبط على وجه الارض وأما النار فعني اثبات الشربة في الانتفاع بضوئها والاصطلاح ما وليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاقتباس منها فاما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك لانه ملك صاحبه لان ذلك حطب أو فحم حصل بكسبه والكسب

الشرب بالشفاة وجيون نهر خوارزم وسجيون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والغرات نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والغخ حافته وأنت ثلاث في قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لان الفصح في الكلام اذا لم يذكر المحدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لافي الليالي ولكن لمالم يذكر المحدود وهو الايام أنه وقوله عليه الصلاة

والسلام شركاء يربده الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار وأما الكلالة وهو ما لا ساق له فلما أن ينبت في أرض شخص أو أنبتته فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الآن أحد لا يدخل ملكه الا بآذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فلما أن يخرج له صاحب الارض أو يأذنه بالدخول وان كان الثاني فهو أحق به وليس لأحد أن ينتفع بشيء منه الا رضاه لانه حصل بكسبه والكسب

للمكسب وأما النار فكم أن قد نارا في أرض فليس لأحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بنارها من حيث الاصطلاح والنار وتخفيف الشياح وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا رضاه لان ذلك فحم أو حطب تدأحرزه الموقد ليس مما تثبت

فيه الشربة وكلاهما وضع
وقوله (الأنه بقيت فيه
شبهة الشربة نظرا الى
الدليل) يريد به قوله عليه
السلام والناس
شركاء في ثلاث وقوله
(حتى لو سرقه انسان لم
يقطع) اعترض عليه بأنه
على هذا ينبغي أن لا يقطع
في الاشياء كلها لان قوله
تعالى هو الذي خلق لكم
ما في الارض جميعا يورث
الشبهة بهذا الطريق
وأجيب بان العمل بالحديث
يوافق العمل بقوله تعالى
هو الذي خلق لكم الآيات
ولا يلزم بالعمل به ابطال
الكتاب بخلاف قوله تعالى
هو الذي خلق لكم فان
العمل به على الاطلاق يبطال
قوله تعالى الزانية والزاني
والسارق والسارقة وغير
ذلك فدل على أن المراد به
غير ما دل عليه الخصوصات
وقوله وقيل له أن يمنع اعتبارا
بسقي المزارع والمشاجر
ذكر في البسوط وأكثروهم
على أن له أن يمنع في مثل هذه
الصور لان الشفة لا يضر
بصاحب النهر والنهر فاما
ما يضر ويقطع فله أن يمنع
ذلك وقوله ولهم أن يأخذوا
منه أي من الجدول الصغير
علم من وضع المسئلة فيسه
وقوله في الصحيح اشارة الى
اختلاف المشايخ ورحمهم

والنار وانه ينقطع الشرب والشرب خص منه الاول وبقى الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز
ولا تلك المباح بدونه كالغاي اذا تكس في أرضه ولان في ابقاء الشفة ضرر ولة لان الانسان لا يمكنه استصحاب
الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقي
بذلك أرضا أحياءها كان لاهل النهر أن يمنعه عنه أو يضرهم أو لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرر ولة ولا نالو
أخذوا ذلك لانقطاع منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مما لو كاله بالاحراز وانقطع حق
غيره عنه كافي الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشربة نظرا الى الدليل وهو مار وينا حتى لو سرقه انسان في
موضع يعز وجوده وهو يساوي نصا بالم تقطع يده ولو كان البئر والعين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن
يمنع من ير بدله من الدخول في ملكه اذا كان يجدها آخر يقرب من هذا الماء في غيره ملك أحد وان كان
لا يجدها يقال لصاحب النهر اما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر شفته وهذا صريح
عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتقر في أرض لم يملكه أما اذا احتقرها في أرض موات فليس له أن
يمنع لان الموات كان مشتركا والحفر لحياء حق مشترك فلا يقطع الشربة في الشفة ولو منع عن ذلك وهو
يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصدا لانه يمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر
مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة
الغصنة وقيل في البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لانه ان تكسب مصيبة فقام ذلك مقام التعزير
له والشفة اذا كان ياتي على الماء كله بان كان جسدا ولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء
بشرها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في كل وقت فصار كالبايعة وهو سبيل في قسمة لشرب وقيل له أن
يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب
في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كقيل يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان أراد أن يسقي شجرا أو
خضرا في داره جلا بجزائه في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدماء فليس له أن
يسقي أرضه ويحمله وسجده من نهر هذا الرجل وبئر وقنائه الا باذنه نضالوه أن يمنعه من ذلك

يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح أقول برده على ظاهره أن
يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات
على عكس ما في الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة قروعه كيدل عليه ترجمة الكتاب به في
العنوان يستحق التقديم لاصالته وانما مقصود الشرح هو بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقيق
المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما في المطلوب بما ذكره
(قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشربة نظرا الى الدليل وهو مار وينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده
وهو يساوي نصا بالم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى
هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل
هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل

أحرز الذي أوقد النار فان أخذ من ذلك الجمر نظر فان كان ذلك مما له قيمة اذا جعله صاحبه فمما كان له أن
يسترده منه وان لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا
والمعتن ممنوع شرعا من التعنت (قوله خص منه الاول) أي الشرب بالايجاع لانه يجوز بيعه بعه بالارض
بالاتفاق ومقصودا في رواية (قوله وهو يساوي نصا بالم تقطع يده) فان قيل فله هذا ينبغي أن لا يكون
في السرقة قطع اليد نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلنا ثبت بالنص فلا يرد علينا نقضه ولان
مقالة الجميع بالجمع تقتضي انقسام الاحاد على الاحاد فيكون المعنى والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع
في يده لاكل الاشياء (قوله ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح) وعند بعضهم يتوضا

لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل
حق صاحب النهر والضفة تعاقبهما حقيقة فلا يمكنه تسهيل فيه ولا شق الضفة فان أذن له صاحبه في ذلك أو
أعاده فلا بأس به لأنه حقيقة فتجبر فيه الإباحة كالماء المحرز في أناته

*** (فصل في كرى الأنهار)** قال رضي الله عنه لا نعلم أن ثلاثة نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد
كالغرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة لأنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص
والفصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالأول كره به على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى
لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء
والأول للنواب فان لم يكن في بيت المال شيء فالأمام بحجر الناس على كره به أحياء لمصلحة العامة أذهبهم
لا يهيمون بها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو نركم لبعتم أولادكم لأنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل

بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو
الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا فان العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق
والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصان كذا في العناية أقول في هذا الجواب
نظر لأنه وإن لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الإطلاق إبطال دليل شرعي آخر فانهم حكموا بأن الماء المحرز
في الأواني يصير مملوكا بالأحرار وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا يحال فلو
دلنا بالحديث المذكور على الإطلاق لزيم إبطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك
خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص
الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة فينبغي أن
لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرز في الأواني كما لا يورثها الآية المذكورة فالخلق في الجواب عن ذلك
الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حديث قال فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظرا إلى قوله تعالى
خلق لكم ما في الأرض جميعا نكف مقابلة الجميع بالجميع تقتضي انقسام الآحاد كافي قوله تعالى حرمت عليكم
أموالكم وقوله تعالى وأحل لكم أموالكم ذلك ولا يجوز الزائد على الأربع فكذلك معنى الآية والله أعلم
خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الأشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما اه
*** (فصل في كرى الأنهار)** قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتج إلى ذكر مؤنة
كرى الأنهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا أئدا على النهر إذا النهر يوجد بدون

الله فان منهم من قال
لا يأخذون الماء منه للوضوء
وتغسل الثياب لأن الشركة
تثبت في حق الشفعة لا غير
والصحيح جوازها دفعا للصريح
وفدوله له ذلك في الأصح
استراز عن قول بعض
المتأخرين من أن مؤنة بلغ اذ
قالوا ليس له ذلك الأباذن
صاحب النهر لا يظهر
الحديث وقوله (لأن الماء
متى دخل في المقاسم) أي
متى دخل في قسمة رجل
بعينه وقوله بواحدة أي
بالسكية

*** (فصل في كرى الأنهار)**
لما فرغ من ذكر مسائل
الشرب احتج إلى ذكر
مؤنة كرى الأنهار التي كان
الشرب منها ولكن لما كانت
مؤنة الكرى أمرا أئدا
على النهر إذا النهر يوجد
بدون مؤنة الكرى كالنهر
العام أحرزه ووجه
الحصر في الثلاثة ظاهر لأن
النهر إما أن يكون عاما من
كل وجه أو خاصا كذلك
أو عاما من وجه خاص من
وجه أما الأول فكالغرات
وسهون وجيخون ودجلة
وأما الآخران فقد فصل
المصنف رحمه الله بينهما
باستحقاق الشفعة وقد تقدم

في النهر ويغسل الثياب فيه (قوله انقطعت شركة الشرب بواحدة) أي بالسكية والله أعلم
*** (فصل في كرى الأنهار)** الأنهار ثلاثة نهر غير مملوك لأحد وهو عام من كل وجه ولم يدخل ماؤه في
المقاسم أي لا يقسم ماؤه ولا يمكن ذلك كجيخون والغرات ونحوه فإنه لا يمكن قسمة ماؤه بان يكون يوما لقوم
ويوما لآخرين ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة لأنه عام أي من وجهه وخاص من وجهه ونهر مملوك دخل
ماؤه في القسمة وهو خاص من كل وجه (قوله والفصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه) يعني أن كل
ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام وتكاهوا في النهر الخاص قال بعضهم ان كان النهر لعشرة فما
دونها أو عليه قرية واحدة يعني ماؤه فيها فهو خاص يستحق به الشفعة وان كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر
عام وقال بعضهم ان كان النهر لما دون الأربعين فهو خاص وان كان لأربعين فهو نهر عام وقال بعضهم جعلوا
الحد الفاصل في المسائتو بعضهم في الألف وأصح ما قيل فيه أنه يفرض إلى رأي المجتهد حتى يختار من الأقاويل
أي قول شاء كذا في فتاوى قاضخان رحمه الله وقيل الخاص ما لا تجرى فيه السفن وما تجرى فيه
فهو عام وعن أبي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهر ليس في منتهى قراحت أو ثلاثة وما وراء ذلك فهو
عام (قوله إلا أنه يخرج له) أي للكبرى ويجعل مؤنته على الميا سير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما جعل

ذلك فهو قوله (الأنه يخرج له) أي لا كرى من كان بطبقه أي الذي يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أي مؤنته من بطبقه على المياهير الذين لا يطبقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطبق (١٥) القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء وقوله (ويقالبه عوض)

يعني حصته من الشرب فلا يعارض به أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان في الضرر الخاص وقوله (خليفة الانبثاق) يقال بثق السيل موضع كذا أي خرقه وشقه وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآتي كما في الثاني وهو قول أبي بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البجلي رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان من أبي من أهله يجبر عليه هناك لان احدي الجهتين عام والاخرى خاص فيراد أن يدفع للضرر العام عن غيره وقوله (ولا جبر لحق الشفة) جواب عما يقال ان في كرى النهر انخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي أن يجبر الآتي على الكرى دفعاً للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآتي لحق أهل الشفة

مؤنته على المياهير الذين لا يطبقونه بأنفسهم وأما الثاني فذكر به على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبي منهم يجبر على كرى به دفعاً للضرر العام وهو ضرر بقرية الشرب كما وضرا لا في خاص ويقالبه عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصوه وخيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد العروق فيجبر الآتي والا فلا لأنه موهم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فذكر به على أهله لما بينا ثم قيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآتي بما أنفقوا فيه إذا كان باصراً القاضى فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعاً

مؤنة الكرى كالنهر العام أخذ ذكره اه أقول فيه كلام أما أولاً فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في أثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الآن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول وأما ثانياً فلان النهر العام أيضاً لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كرى به على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لأنه لا يوجد بدون ما طاقا يشير اليه قول المصنف فيما بعد وأما الثاني فذكر به على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده إلا أنهم في الحقيقة على أهلها أيضاً وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كرى به على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعاً أيضاً فلا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقاً فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمراً ائدا على النهر فلا يتم وجه التأخير الذي ذكره وههنا ثم أقول ما ذكره وههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالسكينة بما ذكره من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب

في تجهيز الجيوش لانه يخرج من كان يطبق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء كذا ههنا (قوله ويقالبه عوض وهو حصته من الشرب فلا يعارض به) أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ما تقدم بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص مع أن ذلك الضرر في انخاص مجبور بعوض يقالبه وهو حصته من الشرب (قوله ثم قيل لا يجبر الآتي) وهو قول أبي بكر الاسكاف رضي الله عنه وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البجلي رحمه الله كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله ثم ما ذكره من اجبار الآتي فيما إذا كرى البعض وأبى البعض فيجبر الجبر الآتي على قول البعض وأما إذا امتنع الكل من الكرى وانفقوا على ترك الكرى في ظاهر المذهب لا يجبرهم الامام على ذلك كما امتنعوا عن عبارة اراضيهم ودورهم وقد قال بعض المتأخرين من أصحابنا رحمه الله يجبرهم على ذلك لحق أصحاب الشفة في النهر كذا في المنسوط (قوله بخلاف ما تقدم) وهو الاجبار في النهر الثاني فان من أبي من أهله يجبر عليه هناك لان احدي الجهتين هناك عام والاخرى خاص فيجبر الآتي دفعاً للضرر العام عن غيره وأما ههنا فكأنما الجنبين خاص فاستوت ولا يجبر (قوله ولا جبر لحق الشفة) هذا جواب اشكال وهو أن في كرى النهر انخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي أن يجبر الآتي على الكرى دفعاً للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله فجواب ظاهر الرواية أنه لا يجبر الآتي لحق أهل الشفة كذا امتنع جميع أهل النهر من كرى به حيث لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة ولان هذا امتناع عن اثبات الحق لهم لا بطلان حقهم لان حقهم انما ثبت حال خريان الماء لا قبله وهذا كاستناع الولي لليتيم

كلاهما امتنع جميع أهل النهر عن كرى به فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهي عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل لا احتياجه إلى تسهيل ما فضل من الماء فيه، وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه انقاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وأنه يمكن دفع الماء من أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهته نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول أصح لأن له رأياً في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قبل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفعاً لا خصاصه وليس على أهل الشقة من الكرى شيء لأنهم لا يحصون ولا ينهم أتباع

وقوله (ومؤنة كرى النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه انقاع غيره) قال في النهاية الصواب نفع غيره لأن الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله (لأنهم لا يحصون) يعني فكانوا مجهولين

(قال المصنف فلا يلزمه انقاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لأن الانتفاع في معنى النفع غير مسموع

فصل في المياه فانهم قالوا هنالك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لأن احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء انتهى فتأمل (قوله) وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه انقاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لأن الانتفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدته بخط الامام تاج الدين الزرنوحي الى هنا كلامه واقتنى أثره جماعة من الشراح ولم يزدوا على ذلك شيئاً وقال صاحب الغاية تستعمل الانتفاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لفظة هذا يدل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أن نفعه بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهواً من الكاتب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا لتعددية لتكون النفع متعدداً بدون الهمزة بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبغته فان باع متعدد ولما قصد وامنه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضاً لاصل الفعل فان معنى أبغته عرضته للبيع وجعلته متسبباً اليه وكذلك هنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضاً للنفع ولا منسباً اليه انتهى أقول ليس هذا بشيء اذ ماله أيضاً ثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعته بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فإن له ذلك لأنه امتناع عن ثبوت الحق للتيقن لا بطلان حقه (قوله) فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه هذا عند أبي حنيفة رحمه الله) ويقول أبي حنيفة رحمه الله أخذوا في الفتوى كذا في فتاوى قاضيان رحمه الله (قوله) فلا يلزمه انقاع غيره) والصواب نفع غيره لأن الانتفاع في معنى النفع غير مسموع (قوله) وليس على صاحب المسيل عمارته) أي ليس على من هو في أعلى النهر عماره أسفل النهر بسبب حق تسهيل الماء وهذا جواب عن قولها الاحتياج إلى تسهيل ما فضل من الماء فيه قلنا مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارته ذلك الموضوع باعتبار تسهيل الماء فيه ألا ترى أن من له حق تسهيل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عماره سطح جاره ثم هو ممكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى أسفل النهر بان يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء فعرفنا أن الحاجة المعتبرة في الزام مؤنة الكرى الحاجة التي سقي الاراضي (قوله) وليس على أهل الشقة من الكرى شيء لأنهم لا يحصون) ومؤنة الكرى لا يستحق على قوم لا يحصون ولأن أهل الشقة جميع أهل الدنيا فلا يمكن جمعهم في الكرى (قوله) ولأنهم لا يحصون) والمؤنة على الاصول دون الاتباع ألا ترى أن المؤنة في القبول للوجود في المحلة على أصحاب الحطة دون المشتركين والسكان

﴿فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه﴾ قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحصانا) لانه قد علم بدون الارض ارضا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجري في أرض غسبه فاراد صاحب الارض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له بأجرائه فاعتد الاختلاف يكون القول

﴿فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه﴾

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحصانا لانه قد علم بدون الارض ارضا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى البيع) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحصان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتفي بالتفاه المشروط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارضا باقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحصان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على أن ما ذكره في الكتاب لو كان مع صحة الدعوى الشرب مع جهالة لكان مع صحة الدعوى غيره أيضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعاً نعم يلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحصان في مقابلة وجه آخر للقياس مذکور أيضا في المبسوط ومنقول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضي أن يقضى له بالمالك فيما يدعيه اذا ثبت دعواه بالينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالتحرر في حق المملوك فان ما ذكره في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحصان تاما لغير فهم ثم أقول الوجه الاول من ذلك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذکور في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها ويطريق الاصل في البعض الا أنه منطوقه وفيه عندي لانهم ان أرادوا بقوله في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجلا فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحصانا لان الشهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا به بشر يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحصانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا نص عليه في الاصل أيضا فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عددا لايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا

﴿فصل في دعوى الشرب﴾ قال المصنف لانه قد علم بدون الارض ارضا قد علم بالارث مالا يملك بالبيع كالتقصاص والتحرر (قال المصنف واذا كان النهر لرجل الخ) أقول أي ماؤذ كرا الحسل وأريد الحال (قال المصنف لانه مستعمل له بأجرائه مائه) أقول الغيبة في قوله له عائد الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

﴿فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه﴾ (قوله ويصح دعوى الشرب بغير أرض استحصانا) والقياس أن لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحصان أن الشرب قد علم بدون الارض ارضا ووصية وقد يبيع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده وهو مرغوب فيه منفع به فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بأثمان حقه بالينة (قوله فاراد صاحب الارض أن لا يجري النهر في أرضه) أي زعم أن النهر له وليس لذلك الرجل حق

قوله (فان لم يكن في يده) يعني بان لم يكن مستعملا باجرائه فيه أولم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له ان كان يدعى رقة النهر وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقطها ان كان يدعى الاجراء في هذا النهر فذا أقامها يعضي له لا ثباته بالجنة ملكه يعني في الاول أوحقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيها) أى الاختلاف (١٨) المدعين في الامور المذكورة (نظيره) أى نظير الاختلاف في الشرب وقوله (لان

قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقا الى أرضه ليسقطها يعضي له لا ثباته بالجنة ملكه أوحقا مستحقا فيه وعلى هذا المص في غير أوعلى سطح أو الميزاب أو المشي في دار غيره فحكم الاختلاف في نظيره في الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصه وفى الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضهم) لان المقصود الانتفاع بسقطها فيقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على غطاء واحد فان كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقيين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب حصته أو اصطحووا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جازا لان الحق له الا أنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكس به النهر من غير تراض لكونه اضرا اراهم وليس لاحدهم أن يكرى منه نورا أو ينصب عليه رحي ماء الارضا أصحابه لان فيه كسر صفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الآن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يبيده من كسر صفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا

بشر مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن في يده) قال في العذائية والنهاية يعني بان لم يكن مستعملا باجرائه فيه أولم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الاول خلل اذا يخفى على الفطن أنه على تقدير برأى يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول أى بان لم يكن مستعملا باجرائه فيه يلزم أن ينفق قوله ولم يكن جاريا بالذكون عدم الجريان حينئذ مندرج في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستندرا كاحضاف الوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم تكن أشجاره في طرفي النهر فان كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له وأنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق في الدعان كما ترى لا يقال يجوز أن

فيه (قوله فان لم يكن في يده) علامة كون النهر في يده كربه وغرس الأشجار في جانيه وسائر تصرفاته (قوله وأنه قد كان له في مجراه في هذا النهر) أى في موضع الاجراء وهو حق التسبيل (قوله وعلى هذا) المص يعني موضع اجتماع ما يفضل من الماء (قوله كان الشرب بينهم على قدر أراضهم) فان قيل قد استوفى اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في البدن توجب المساواة في الاستحقاق عند الاشياء قلنا اليد لا تثبت على الماء الذي في النهر لاحد حقيقة وانما ذلك بالانتفاع بالماء والظاهر أن من له عشرة قطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الماء لا يمكن احرازه باثبات اليد عليه وانما احرازه بسقى الارض وانما ثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق اذا اختص فيه الشركاء فانهم يستوون في ملك رقة الارض ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان الطريق عين يثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه والتطرق فيه الى الدار الواسعة والى الدار الضيقة بصفة واحدة (قوله والدالية والسانية نظير الرحي)

المقصود الانتفاع بسقطها فيقدر بقدره معارض لانهم قلوبا قد استوفوا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يخقق التساوى في اثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أى لم يكن لصاحب الأعلى (السكر) لما فيه) أى في السكر من ابطال حق الباقيين ولكنه يشرب بحصته يعني من غير سكر وقوله (الا أنه اذا تمكن من ذلك) يعني اذا اصطحووا على السكر ليس بان يسكر أن يسكر بما ينكس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه اضرا اراهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضى بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الأعلى أن يسكروا لان السكر احداث شيء في وسط

النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقى حق جميع الشركاء وحق أهل الاسفل ثابت ما لم يروا فكلان لهم أن يتخذوا أهل الأعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا لان أهم أن عنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يملك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحي) الدالية تجزع طويل مرتكب

(قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أى لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

تركيب مدق الارزوفى

رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها الماء السانية ليعبر يستقي من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذاً من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والاسحج موضوعاً ليرفع وكل ذلك يحدوهم من يتخذ في ملك مشترك فلا علك الارضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالسكوى) السكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمدي وكوى مقصور ويستعار لفتح الماء الى المزارع والجدول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع السكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر ففعلها في أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا تقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها السكوة في فم النهر فإراد أن يؤخرها عن ضقة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدفع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواء أى يجعلها أعنى مما كانت وهى في ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعنى من حيث انه يزد في الشرب

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالسكوى) أقول بكسر الهمزة قال الزياحى أى ليس له توسيع غيره معناه ليس له أن يوسع

يتخذ عليه جسر ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد منهم خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فإراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه ذلك أو كان مقنطراً مستوثقاً فإراد أن يتقنض ذلك ولا يزد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خاص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضقة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالسكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواء أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة السكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والارتفاع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالسكوى فإراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسمية في نهر خاص ليس لواحد أن يزد كوة وان كان لا يضر باهلها لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت السكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهر امته ابتداء فكان له أن يزد في السكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه الى أرضه له أخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقدم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى ينتهى الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه ما اذا الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك يكون مراد صاحبه العناية بالنهية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جارياً على أن يكون قولها بان لم يكن مستعملاً باجراء ما فيه ناظراً الى قوله ولم يكن جارياً وان يكون قولها ما لم تكن أشجاره في طرفي النهر ناظر الى قوله فان لم يكن في يده على طريقنا للف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع كون الف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الدغاز في الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة وفى قولها ما ولم تكن أشجاره في طرفي النهر فانما الاحد الامر من قبله لم أن يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس يصحح قائله اذا انتفت احدهما وجدت أخرى اهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المصنف ولم يكن جارياً بكلمة الواو اشارة الى انتفاءهما معاً

الدالية جذع طويل تركيب مدق الارزوفى رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها الماء السانية ليعبر يستقي عليه أى يستقي من البئر ويقال للغرب مع أدواته سانية أيضاً والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والخشب ويكون موضوعاً ليرفع (قوله ويستوثق منه) أى يشد جانبي القنطرة من النهر (قوله ولا يزد ذلك في أخذ الماء) أى لا يزد ينقض القنطرة لدخول الماء في النهر الخاص (قوله السكوة) ثقب البيت والجمع كوى وقد يضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لفتح الماء الى المزارع والجدول فيقال كوى النهر (قوله وكذا اذا كانت القسمة بالسكوى) أى لا يكون له أن يوسع السكوة (قوله وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر ففعلها في أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا التقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها السكوة في فم النهر فإراد أن يؤخرها عن ضقة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدفع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواء أى يجعلها أعنى مما كانت وهى في ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض (قوله ولو كان لكل منهم كوى مسمية) أى معدودة (قوله في النهر الاعظم) أى كدجلة وفرات (قوله وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى) أى الى أرضه التي لا شرب حتى ينتهى الى هذه الارض الاخرى وهى التي لا شرب لها وكذا نحوها وزاده اذاملاً الارض الاولى من الماء وسد فوهة النهر لانه يستوفى زيادة على حقه وان لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك (قوله وهو نظير طريق مشترك) وجه كونه نظير ما هو أنه يزد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد في الطريق من المسارعة من ليس فم النهر لانه يجبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكمل

ما ليس له منه حق في الشرب ويضمن المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى وقوله (وكذا اذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) بان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدلي منها وأنت في حصتك فتحت ما كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوي لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام (٢٠)

أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشرب يكن في النهر الخاص وفيه كوي بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزلي له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوي تقدمت الآن يراضيان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا لو رثته من بعده لانه اعادة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب بماء ورث وبوصي بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو لغيره ولا لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل

(قوله والشرب بماء ورث وبوصي بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو لغيره) لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع القاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه بغيره بالارض باتفاق الروايات ومفرد في رواية

له حق في المرور يعني اذا كان له داران متلازمان وهو يسكن احدهما والآخر يسكنها غيره وبما دارا التي هو يسكنها في طريق مشترك فلو أراد أن يفتح بابا الى الدار الاخرى الى هذا ليس له ذلك (قوله ساكنها غير ساكن هذه الدار) قيد به لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى الدار الاخرى لانه متى كان ساكن الدارين واحدا لا يزداد المار (قوله لما فيه من الضرر بالآخر) بسد الكوي وهو فعل صاحب الاعلى وليس لاحد الشرب يكن أن يتصرف في المشترك على وجه يلحق الضرر بشريكه وضرر النزل بالحقة بفعل صاحب الاسفل بل يكون أرضه في أعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر له منفعة اذا قل الماء (قوله وكذا اذا أراد أن يقسم النهر مناصفة بينهما) أي ليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوي وهو أن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدلي منها وأنت في حصتك فتحت ما كلها فليس له ذلك لان القسمة قدمت بينهما مارة فلا يكون لاحد منهما أن يطالب بقسمة أخرى وفي القسمة الاولى الانتفاع بالماء مستدام وفيما يطالب به ذبا يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء في بعض المددور بما يضر ذلك لصاحب الاسفل (قوله فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة) لانه يبيع الجنس بالجنس نسيئة لان ماء الغد لا يكون موجودا اليوم والجنس بانفراد يحرم النساء ولانه يبيع المعدوم لان الماء معدوم في النهر في الحال ولانه مجهول القدر ولان معاوضة الشرب بماء معلوم لا تجوز فمجهول أولى ولان فيه غرر افاله مجهول لا يدري أن الماء يجري في الوقت الثاني أم لا (قوله والشرب بماء ورث) لان الورثة يقومون مقام المورث في أملاكهم وحقوقهم وقد يملك غيره بالارض ما لا يملك من أسباب الملك كالعقاص والدين والخمر (قوله وبوصي بالانتفاع بعينه) قيد الا بصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الا بصاء ببيع الشرب فان ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب (قوله والوصية بذلك) أي وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقة وهبته فان ذلك لا يصح كالا يصح بيعه وهبته (قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) هذا على رواية الاصل واختيار آخر بالاسلام أنه يضمن (قوله وكذا لا يصلح مسمى في النكاح) يعني اذا تزوج الرجل امرأة على شرب أرض

واحد منها معبر لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجازته به باطل واذا كانت عارية فلم يعبر أن يرجع متى شاء وقوله (والشرب بماء ورث وبوصي بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالارض وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احترازا عن الا بصاء ببيع الشرب كما سئذ كره والحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشئ من العقود فاذا جاء في النكاح مع النكاح وجب به المثل واذا سماه في الخلع مع الخلع وعلمها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه اذ لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وأرض الكوة لكن لا ينفق أن

ما ذكره الزبالي أو جهواولى (قال المصنف حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف في باب البيع القاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا في رواية وهو اختيار مشايخنا لانه حظ من الماء وله هذا يضمن بالانتلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله وله هذا يضمن بالانتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد بالانتلاف الشرب بالاكسية وسقى الارض من شرب غيره لا يستلزمه لانهم صرحوا بخلافه فليراجع

الجراحة وقوله (والاصح) اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء وجههم اقله اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فذهب من قال السبيل في ذلك ان يقال للمقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقر ما يكون من هذا الشرب وينظر بكم يشتري مع الشرب بكم يشتري بدون الشرب فيكون فضل ما يدعى بقيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه (٢١) بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف رحمه الله

ما ذكره في الكتاب وقوله (وأخبرها) قال في الصحاح سخرت الارض أي أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعد فيه) يلوح الى أنه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدى انما يكون اذا سقى أرضه سقيا يسقى منه في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله تعالى أعلم

(كتاب الاشربة)
ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم اشربة عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبة لحياء الموات ومن بحاسنه بيان حرمتها اذا لاشبهة في حسن تحرير ما نزل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السالفين مع احتياجهم الى ذلك أجيب بان السكر حرام في جميع

شرح السكتز هالك وفي الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار نفي الاسلام أنه يضمن انتهى

العلم عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود ولا يباح الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى أرض لا شرب لها فيبيعه بما يابن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركه المثلت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها بغير صرف من الثمن الى ثمن الارض وبصرف الفائض الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه وأخبرها ماء أي ملاءها) (فسال من مائه ما سقى أرض رجل فغرقها أو نزل أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعد فيه

(كتاب الاشربة)

وهو اختيار ما شاع بل لانه حظ من الماء وهذا يعني بالاختلاف وله قسمان الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى فذهب بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ههناك ولهذا يضمن بالاختلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلامه في المقامين على الروايتين فاذا ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواجه زاده وما ذكره ههناك على ما قاله الامام نفي الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من لاسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وذلك كرى الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى المهرى رجل أنف شرب رجل بان سقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواجه زاده لا يضمن وعليه الفتوى اه وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أنف شرب انسان بان سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار نفي الاسلام أنه يضمن اه

(كتاب الاشربة)

فالتكاح جائز وليس لها من الشرب شئ لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التملك بعقد المعاوضة ولا في الخلع يعني لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير أرض كان باطلا لا يكون له من الشرب شئ ولكن الخلع صحيح وعليها أن ترد المهر الذي أخذت لانم اختلعت الزوج به هذه التسمية في ما هو مرغوب فيه فتصير غارة بهذه التسمية والغرو في الخلع يلزمه ارماد ما قبضت كلوا اختلعت على ما في بيتها من المتاع فاذا ليس في بيتها شئ (قوله وكيف يصنع الامام) الاصح ان يضم الى أرض لا شرب لها وقبل يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضى به الدين (قوله لانه غير متعد فيه) وهذا لان كون الفعل له لاشئ انما يعرف بالانزال لزم له والاثر لزم له لانه اجتمع الماء في أرضه وانما صارت أرض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب وهو امر اتفاقي قديكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا أنه لا ولا فعله لما حصل هذا الفساد فصار فعله في حق هذا الا نسيب محض والمبطل انما يضمن اذا تعدى ككافر البئر وواضع الحجر وفعله في أرضه مباح فلم يضمن قالوا هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا يقبل عادة أما اذا سقى سقيا لا تضمن أرضه فيضمن لانه أجرى الماء الى أرض جاره فقد رآه الله أعلم بالصواب

(كتاب الاشربة)

كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا لا مناقضة فيه أصلا لابتناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب) أقول فله انهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مدونا استفسانا على خلاف القياس *(كتاب الاشربة)* (قوله ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم اشربة عرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب بحدود شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامه ما يخرج منه ما بالواحدة ويدونها (قوله ومن بحاسنه بيان حرمتها الى قوله ذلك) أقول الضمير في حرمتها راجع الى الاشربة وضمر به الى ما في قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذي يزيل العقل حلالا لم

الاديان وحرم شرب القليل

علينا من الخمر كرامة لانما من الله تعالى لئلا تقع في المحذور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرم ابتداء والداعي المذكور موجود أجب ا ما بان الشهادة بالخبر يلم تكن اذ ذلك واما التدرج الضاري لئلا يفر من الاسلام (وسمى هذا الكتاب بها) أي بالاشربة (وهي جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر الاشربة المحرمة أو بعثة الخمر رهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاستعداد صلاحية لئلا يسكار وكذا

السابقة مع احتياج ادم السابقة الى العقل (قوله) قال قيل هلا حرم ابتداء) أقول يعني هلا حرم لنا ابتداء (قوله) أجب ا ما بان الشهادة بالخبر يلم تكن اذ ذلك) أقول الشهادة وان تاخر وجود الحكمها عامة لاول هذه الأمة وآخرها قال (المصنف سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) أقول أي بيان

حكم أنواعها ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجه حيث نأت

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أو بعثة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع

قال جهو والشرع ذكر الاشربة بعد الشرب لانها مشبعة عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الغض لا محل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقل العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامه ما يخرج منها بالواسطة وبدونها اه أقول جل مرادهم بالعرق المعنوي هو ناعلي الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لاقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلامه ما مشتق من ذلك المصدر ولا بد في الاشتقاق من تناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونها مشبعة عرق واحد لفظا ومعنى و برشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والخروف الاصول اه ثم ان من محاسن ذكر الاشربة ببيان حرمتها الاشارة الى حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم أيضا الى العقل أجب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لئلا من الله تعالى لئلا تقع في المحذور بان بدع وشرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرم علينا ابتداء والداعي انا ذكر موجود أجب ا ما بان الشهادة بالخبر يلم تكن اذ ذلك وأما التدرج الضاري لئلا يفر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر أمان في وجهه الاول فلان الشهادة بالخبر يلم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الاممة كانت في الابتداء والانه كما لا يخفى على أحد وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقریب وأمان في وجهه الثاني فلان نغرة الضاري بالخمر أي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أي وقت كان فانهم اذا لم يحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعب ترك المعتاد أو أيضا احتمال كون الاعتناء بخيريت باعنا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذات الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك فالوجه الوجيب في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب الهامية حيث قال فان قيل هلا حرم الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا باحة الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعاد الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخمر كالبغايا انتهت (قوله) سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة أي أضيف اليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المنعوت سواء كان حراما أو حلالا وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه أي في هذا الكتاب من بيان حكمها أي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود ولما فيه من بيان

وهي جمع شراب وهو كل ما يشرب من المنعوت أو أي فيها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان سكارا وسمى هذا الكتاب بها لان فيه بيان أحكامها كما سمي كتاب البيوع والحدود ولما فيه بيان أحكامها والاصول التي يتخذ منها الاشربة هي العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والارز والدخن والفواكه كالأجاص والفرصاد والشهد والغافقير والابان أما العنب ما يتخذ منه خمسة الخمر والماذق والمنصف والمثلث والخنج والمخذ من الزبيب شيثان نقيع ونبيذ والمخذ من التمر ثلاثة السكر والغضج والنبيذ والمخذ من الحبوب والفواكه وغيرهم اشئ واحد حكموا واختلف اسمهم من البتع لنبيذ العسل والحقة لنبيذ الشعير والمز لنبيذ الذرة (قوله) اذا غلا واشتد المراد بالاستعداد كونه صالحا لئلا يسكار

واضح وقوله (وقال بغض الناس) قبل يريد به مال الكاوشافى رحمه الله وقوله (فبما) (٢٣) ذكرناه) اشارة الى النى ومن ماء العنب وقوله (فى غيره)

أى واشتهر فى غير النى ومن ماء العنب اذا صار مسكرا
غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباقى والمنصف وقوله (ولان حرمة الخمر قطعية) يعنى أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعى لا يثبت الا بقطعى وكون النى من ماء العنب نجسا قطعى بلا خلاف فثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء رحمه الله وأدنى درجات الاختلاف ابرأ الشبهة فتكون الحرمة قطعية

فى كتب الاصول خصوصا التساوى فى أوائل القسم الثانى (قال المصنف وهو الذى من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الراجع الى الخمر باعتبار الخمر أولان الخمر قديد كصرح به فى القاموس (قال المصنف) ولان حرمة الخمر قطعية وهى فى غيره ظنية) أقول هذا التعليل ينبغى أن يكون لاجب حنيفة والافعهدهما اذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتهض تعليلها لوعلاذه فليتنامل (قوله وأدنى درجات الاختلاف ابرأ الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول لا يقول الخمر قطعية حرمة غير النى ألا

أحدها فى بيان ما يتنهاهى النى من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر جر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى السكرمة والخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر ولنا انه اسم خاص بطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهى فى غير هاتين

حكم الحدود وكما سمي كلب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكره نافع فى جملة الشروح والكافى مع نوع زيادة فى حل الالفاظ فال بعض الفضلاء فى تفسير قوله من بيان حكمها أى بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيدا للذكر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعنى انما عنون بهم لان فيه بيان أحكام أنواعها كفى البيوع أولا إضافة الكتاب الى الاعيان والفقهاء يبحثون عن أفعال المكلفين فوجه حديثنا أن الحكم هو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل فى كتب الاصول خصوصا التساوى فى أوائل القسم الثانى الى هنا كلامه أقول ليس لتوجيه الذى ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى يحصل لانه ان أراد أن الحكم هو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للأفعال فهو ممنوع اذ قد تقررى فى كتب الاصول سيما فى التساوى فى أوائل القسم الثانى أن اضافة الحلى والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم الحمل على الحال أو هو مبنى على حذف المضاف أى حرم كل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما عند بعضهم وان كانت اضافة الحلى والحرمة الى الاعيان حقيقة لتوجيه من فصلين فى محله الا أن كون اضافتهما الى الأفعال حقيقة بمالم ينكره أحد قط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقبس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الأفعال فى كونهما حقيقة ويستمد بذلك فى توجيه مذهبهم فلا مجال للقول بان الحرمة توصف للاعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة ههنا وصف للاعيان مجاز لا للأفعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضى أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة فى العنوان أولى وأحسن بل اريب فكان الذى ينبغى أن يعنون بالفعل بان يقال كتاب شرب الاشربة حتى براعى كون الفقه باحثا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال وبالجمله توجيهه الذى ذكره وليس يتام على كل حال (قوله أحدها فى بيان ماهيتها) وقع فى بعض النسخ ما يتبادل ماهيتها قال فى غاية البيان المائية بمعنى المائية وهى ما به الشئ هو كاهية الانسان وهى حيوان ناطق انتهى قلت وفى نسخة ما يتبادلها ههنا ايهام لطيف لما فى قوله وهى النى من ماء العنب تبصره عرفت (قوله ولنا انه اسم خاص بطباق أهل اللغة فيما ذكرناه) أقول لما منع أن يمنع اطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنى من ماء العنب اذا صار مسكرا ألا يرى أنه قال فى قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم أصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح فى أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولان حرمة الخمر قطعية وهى فى غير هاتين) قال صاحب غاية البيان بيانه أن النى المسكر من ماء العنب خمر قطعا و يقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترب

(قوله ولانه مشتق من مخامرة العقل) مثل هذا يجوز كما ذكر فى الوجه انه من المواجهة واليم من اليم (قوله فيما ذكرناه) أى فى النى ولهذا اشتهر استعماله فيه أى لسكونه خاصا فيه اشتهر استعماله فيه وفى غيره أى غير النى غيره أى غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباقى والمنصف (قوله ولان حرمة الخمر قطعية) يعنى لا يصلح ان يصرف تحريمها الا الى عين ثبتت الحرمة فى تلك العين قطعا وغير النى ليست بتلك المثابة لكان الاجتهاد فيه

يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يترجى عليهم الا لزام وهذا كالرافا بحرمة قطعه وحرمة بيع الحفن بالجفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية

عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة ففي تسميتها خراشبهة لان فيها اختلاف بين أهل العلم وأدنى درجات
الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع
واليقين انتهى أقول في هذا البيان نخل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير التي المسكرو من ماء العنب
طنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك خرا وليس بهديد اذا انصف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات
أن غير التي المسكرو من ماء العنب لا يسمى خرا فلو كان مدار طنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خرا لم
المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كإجماع بعض
الناس لان حرمة الخمر قطعية حرمة غير التي من ماء العنب طنية لانا الفخافي كون غير ذلك خرا وقلنا ان
اسم الخمر مخصوص بالتي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فاوثر خلافنا في ذلك شبهة في كونه خرا فلم تكن
حرمة قطعية وفي هذا مصادرة كثرى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع
فتمكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الاقطعي وكون التي من ماء العنب خرا قطعي بالاختلاف فيثبت به
بختلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية
وما يدل عليها طني انتهى أقول وفيه ايضا خلل أما أولا فلما مر أن نفا من استلزام المصادرة على المطلوب فان
الظاهر من قوله فان فيه اختلاف بين العلماء في مقابلة قوله وكون التي من ماء العنب خرا قطعي بالاختلاف
أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير التي من ماء العنب اختلافهم في كونه خرا فيقول إلى ما ذكر في غاية
البيان وأما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها طني كلام غير صحيح لارتباط ما قبله لان
مدلول ما قبله أن غير التي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فالأولزم منه أن تكون
حرمة طنية فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير التي من ماء العنب قطعية لم يكن
التفرع صحيحا قطعا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها طني اذ لا شك أن دليل
حرمة الخمر قطعي كما فصحه عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو
قطعي لا يثبت الاقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشرر يعضد صاحب الكفاية حيث قال
يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير التي وليس بتلك المثابة لمكان
الاجتهاد فيه انتهى فانهم لم يريدوا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل
أراد به الاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصور اذا طبع حتى يذهب أقل من
ثانيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيص النثر بعد بيان أنه حرام وقال شريك
ابن عبد الله انه مباح وقال في نقيص الزبيب بعد بيان أنه حرام اذا اشتد وغلى وينت في خلاف الاوزاعي ثم ان
بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي
الآ يرى أنهم لا يكتفون مسقطه فلا توجه عليهم الا لزام وهذا كالم يافان حرمة قطعية وحرمة يسع الحفن
بالحنن متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير التي
من ماء العنب لا ينفي توجه الا لزام عليهم بل بذلك يتوجه الا لزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لمسايق
في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمى الخمر في ثلثه الكرم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السمة
متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقاد إجماع الأمة وما ثبت بهذه الأدلة القطعية قطعي حراما
فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب تعين أن لا يكون غير التي خرا اذ لا شك أن قطعية
الحرمة وعدم قطعيته لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الا لزام في قولهم ان كل مسكرو خمر وتظهر
الذي ذكره بقوله وهذا كالم بالي آخره لا يجدي شيئا لان علمه الرباعندنا الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس
وعند الشافعي الطام في المطعومات والثنية في الاثمان ففي يسع الحفنة بالحفنة متفاضلا لا يوجد ربا عندنا
لعدم وجود علمه فلا يحرم ذلك اليسع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علمه فيهرم فتكون حرمة الربا
قطعية يصبر حجة على الشافعي هناك ايضا مثل ما قلناه هنا فلا فائدة في التنظير أصلا

وما يدل عليها طني
(قوله وما يدل عليها طني)
أقول والواو للمل

وقوله (وانما سمي) يعني غير النبي (خرا التخمرة) أي لصبر ورثه مرا كالخمر لانهما من جنس واحد عن قولهم سمي خرا لانهما من جنس واحد العقل ولأن سمي
انه مشتق منها السكن لا ينافي اختصاصه بالنبي من ماء العنب لجواز أن يكون (٢٥) المشتق بخصوصا فان النجم مشتق من

نجم اذا ظهر ثم هو خاص
بالثريا وكالعقار وورقة مشتق
من القرار ولا يستعمل في
الكوزوان وجد فيه القرار
وأظن أنه كشيبة وقوله
(والحديث الأول) يريد به
كل مسكر خمر روي عن يحيى
ابن معين رحمه الله أنه قال
الاحاديث الثلاثة ليست
بثابتة عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أحداهما قوله
عليه السلام لا تسكح الا بولي وشاهدي
عدل والثاني من مس ذكره
فليتوضأ والثالث كل
مسكر خمر وكان يحيى بن
معين اماما حافظا متقنا
حتى قال أحمد بن حنبل
رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني خمر
النبي خمر التخمرة الخ)
أقول فيه بحث فانه حينئذ
لا يرتبط الجواب للمعجب
عنه لان تقرير كلامهم فيه
كاملا كانت الخمر مشتقة
من التخمرة فكل ما يوجد
فيه معنى التخمرة فهو خمر
لكن المقدم خق والتالي
مثله فليشمل (قال المصنف
وانما سمي خمر التخمرة)
أقول وللأن تقول هـ ذا
منع لا يضر (قال المصنف
فان النجم مشتق من
الظهور) أقول أي من
النجوم الذي بمعنى الظهور

وانما سمي خرا لانهما من جنس واحد العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من
النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لاسلك ما ظهر وهذا كثير الظاهر والحديث الأول طعن
فيه يحيى بن معين رحمه الله

(قوله وانما سمي خرا التخمرة لانهما من جنس واحد العقل) قال بعض الفضلاء والآن أن تقول هذا منع لا يضر اه أقول
ليس هذا بسديد اذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة بمعنى انما سمي خرا التخمرة أي
التشده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النبي من ماء العنب فلم يكن غيره خرا وبشير اليه تفسير تاج الشريعة
وصاحب الكفاية ههنا حيث قال أي التشده وقوته فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث
انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لمعارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن
استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من تخامرة العقل وهو موجود في
كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من تخامرة العقل نسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم
دليلا لخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي
يعني غير النبي من ماء العنب خرا التخمرة أي لصبر ورثه مرا كالخمر لانهما من جنس واحد عن قولهم سمي خمر
لانهما من جنس واحد العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم
المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولا يعمري ان هذا
الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النبي على السهو من قلم
الناسخ الأول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصبر ورثه مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون
المشبه غير الخمر وهو غير النبي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النبي من
ماء العنب خمر التخمرة أي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر التخمرة العقل
أي ليست التسمية للتخمرة العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النبي من ماء العنب أيضا
فيكون خمر التخمرة لا يرتبط بالارتباط بالسماق واللهاق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول
المصنف لخمرة أي لصبر ورثه خمر اه أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤدلى لتعليل الشيء بنفسه كما
يشهده التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف
لاسلك ما ظهر) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا
اه وتبعه العيني أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس
الكوكب موضوعه لظهوره ثم صار علما للثريا بالوضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد
من أفراد جنسه كما هو حال الاعلام الغالبة على ما تقر في موضعه الظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو
اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لأنه علم خاص لشخص
معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما هو لحوظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا

(قوله وانما سمي خرا التخمرة) أي لتشده وقوته فان لها قوة وشدة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث
لانهما من جنس واحد العقل (قوله على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه) يعني ما ذكرتم
انه سمي بهما لانهما من جنس واحد العقل على أن كل ما يخمر العقل يسمى خرا فالفرس الذي يكون أحد شقيه
أبيض والاخر أسود يسمى أبلق ولا يسمى الثوب الذي فيلون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا النجم سمي
بجما لظهوره يقال نجم أي ظهر ثم لا يدل ذلك على أن كل ما يظهر يسمى نجما والعقار وورقة سمي بهما
القرار وهذا الاسم لا يطلق على غيره وان كان المعنى موجودا فيه (قوله والحديث الأول طعن فيه يحيى بن

في كلامه مسامحة (قال المصنف والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين)
(٤ - تكملة الفتح والكفاية) - ناسخ
أقول مع انه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثاني

والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهم اذا اشتد صار خرا ولا يشترط القذف بالزبدلان الاسم يثبت به

الجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علما الشخص معين من ذلك الجنس وهو الترياقان كونه علما له انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا للاحاطة بمعنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا ستر به عندهم من له رواية بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص النجم المعروف الآن مراده بالنجم المعروف والجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما هو جديفة معنى الظهور ومطلقة وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني أريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الجنم في الحرمة وثبوت الحد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بشأن لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قرش على ما تقر وفي موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشير بهما الى الكرممة والخلة لان المعنى المذكور فيهما هو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير ذينك الشجرتين أيضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الخنطة والنرة والشعير وان كان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذ لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع وثبت به الحد على القول الاصح كما سيجيء في الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذي أريد به بيان الحد في الحديث الثاني هو حرمة قلبه وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المخذ من غير ذينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا اعتبار وعبرة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير مع الا أنها باجبالها لا تنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقفني أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم يثبت به) وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاستداد أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاستداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاستداد تعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاستداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا يناقض ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح الكاسي قول المصنف هذا بما هو أظهر في المناقاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاستداد وهو المؤثر في الفساد أي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصدع ذكر الله تعالى اه اذ لا يخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انهم معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكروا حرمة عينها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثاني) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الجنم في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوتا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهم اذا اشتد) أقول يعني ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعي (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أي بالاستداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعي وكيف لا وفيه المصادرة وان كان المعنى يمنع الاستلزام أي استلزام ثبوت المعنى ثبوت الشرعي

معين) فانه قال ثلاث أحاديث لم تصح روايتها عن النبي عليه السلام أحدها هذا وانما هما من مس ذكره فليتوضأ ونالها كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهد عدل (قوله والثاني) أي الحديث الثاني أريد به بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة لانه عليه السلام بعث ابيان الاجكام لا لبيان الحقائق (قوله وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله) وهو ما ذكر في القدوري بقوله وهو عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد (قوله لان الاسم يثبت به) أي انما يثبت هذا الاسم لكونه مسكرا انما هو للعقل وذا باعتبار صفة الاستداد اذ هو المؤثر في ايقاع العداوة والصدع ذكر الله تعالى باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فاما الغليان والقذف بالزبد فيرى ويصفو ولا تأثير لهما في احداث صفة السكر وله ان القذف بالزبد والغليان من آثار الخلاوة وما دام شيء من الخلاوة باقيا كان العين الاصل قائما فلا يثبت اسم الخمر الا اذا سكر وقذف بالزبد وتغير الصافي من السكر لان الاباحة كانت ثابتة للعصير يبعين فلا يزول ذلك الا بيقين

وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحديث يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً وقوله (وهذا) أي إنكار حرمة
عينيها (كفر) من المنكر وإن كان قليلاً لحرمة السكر منه (لأنه جود السكر) (٢٧) يعني قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا

إنما الخمر والميسر إلى قوله
تعالى فهل أنتم منتهون وقد
ذكرنا دلالة على ذلك في
الاشراق شرح مشارق
الانوار على أحسن ما يكون
فليطلب منه ثمة وقوله
(وقد جاءت السنة متواترة)
معناه جاء عن النبي صلى الله
عليه وسلم في الخبر أعني
كأنه يدل على حرمة الخمر
وكل واحد منهما أن لم
يبلغ حد التواتر القدر
المستلزم منها متواتر
كشجاعة على رضى الله عنه
وجود حاتم ويسمى هذا
التواتر بالمعنى وقوله (وهذا
من خواص الخمر) يعني
دعاء القليل إلى الكثير قال
في المبسوط ما من طعام
وشراب إلا وله في الابتداء
ولا يزيد على الأذنة في الانتهاء
إلا الخمر فإن اللذة لشاربها
تزداد بالاستكثار منها

(قال المصنف ولا يحنيفة
أن الغليان بداية الشدة
وكيف بقذف الزبد الخ) أقول
فعلى هذا يكون تعريف
الخمر بالي من ماء العنب
إذا صار مسكراً تعريفاً بالاعمال
عند أبي حنيفة ويقال
المطلق ينصرف إلى الكمال
وكالسكر بقذف الزبد
قال أرا بالسكر عنده هو
الكامل في السكر بغيرهم

وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولا يحنيفة تروجه الله أن الغليان بداية الشدة وكالها بقذف
الزبد وسكونه أذبه يتبرأ الصافي من السكر وأحكام الشرع قطعية فتتناط بالنهاية كالحذر واكتفاء المستحل
وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر
ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال أن السكر منها حرام لأن به يحصل الفساد وهو الفساد
عن ذكر الله وهذا كفر لأنه جود السكر فانه تعالى سماه وجس ما هو محرم العين وقد جاءت
السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعتد الاجماع ولأن قليلاً يدعو إلى كثيره وهذا من
خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه

وقال السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولا يحنيفة أن
الغليان بداية الشدة وكالها بقذف الزبد وسكونه أذبه يتبرأ الصافي من السكر وأحكام الشرع قطعية فتتناط
بالنهاية كالحذر واكتفاء المستحل وحرمة البيع) أقول لقائل أن يقول الكلام في هذا الموضع في حديث
اسم الخمر لا في حد ترتب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر في بداية الشدة بشرط ترتب
الأحكام الشرعية عليه بكالها فلا يتم التقرر بوجوب أن يقال الكلام ههنا في حديث ترتب اسم الخمر في الشرع
لأن حد ثبوته في اللغة فقط فإذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فثبت
التقرير بتدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر
والسكر فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم اه أقول ليس هذا بشئ لأن السكر لازم
السكر ومطامعه فلا يفرق في التحقيق فالتعليل بأحد ما يؤدى إلى التعليل بالآخر ويجوز الفرق بينهما
في المفهوم لا يحدى شيئاً فهاهنا كالا يخفى كيف ولا شك أن مراد المصنف ببيان كون حرمتها عينها غير
معلولة بشئ تماماً أصلاً أن غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشئ آخر كالسكر لأن ما ذكره فيما بعد من
لزوم الكفر وجود كتاب الله تعالى إنما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقة لا على
ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وإنما قال غير معلول بالسكر لأن كون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر

مثله وأحكام الخمر مقطوع بها كالحذر واكتفاء المستحل وحرمة البيع والنجاسة فيمنط بالنهاية لما في النقصان من
شبهة العدم فلا يصح إثباتها بالشبهة (قوله وأحكام الشرع قطعية) أي الأحكام الثابتة في الخبر قطعية (قوله
غير معلول بالسكر) أي عينها حرام لأن يكون حراماً لكونه مسكراً ولهذا لا يتوقف على السكر بل قطرة منها
حرام (قوله وهذا كفر منه) أي إنكار حرمة عينيها كفر من المنكر وإن كان قائلًا بحرمة السكر منه لأنه جود
السكر قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان روى
أن عمر رضى الله عنه قال لرسول الله عليه السلام الخمر مهلكة للمال مذهب للعقل فادع الله تعالى أن يبينها لنا
بفعل يقول اللهم بين لنا في الخمر بياناً وافياً فنزل قوله تعالى يسألونك عن الخمر والميسر قل فيها لكم كبير ومنافع
للناس فامتنع منها بعض الناس وقال بعضهم بل نصيب من منافعها ونذع الماسم فيها فيقول عمر رضى الله عنه
اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى لا تقر بوا الصلاة وأنتم سكارى فامتنع بعضهم وقالوا لا خير لنا فيها فامتنعنا من
الصلاة وقال بعضهم بل نصيب منها في غير وقت الصلاة وقال عمر رضى الله عنه اللهم زدنا في البيان فنزل قوله
تعالى يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان رضى الله عنه
أنهم نازوا بشافقاً كد تحريم الخمر بوجوه فانه صدر الجلة بالقمار وقرن بعبادة الأصنام ومنه قوله عليه السلام
شارب الخمر كعابد الوثن وجعلها من عمل الشيطان ولا يأتي منه إلا الشر البحت وأمرنا بالاجتناب وجعل

ذلك من تقرر رد ليله (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والسكر فلا يخالف هذا القول
لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراق شرح مشارق الانوار) أقول وفي شرح حديث أن الله حرم
الخمر الخ

بخلاف سائر المعامومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لشبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر مستعملها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وانعاصها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لم ينجسها فقد أهانها والتقويم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شرها حرم بيعها

تفهم (قوله والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال ناج الشريعة وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى أقول لقائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غير هاتين الحريمتين يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكاتب الله تعالى أيضا فإنه سمها رجسا والرجس ما هو محرم العين كحرام والسنة المتواترة واجماع الامة أبضا على ما مر من قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الدلالة القطعية وحاشي للشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمه عينها بل كانت حرمة عينها نابعة بتلك الدلالة القطعية وحرمة عين غيرها نابعة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والغرض أن تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم أقول الحق عندى ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكون الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخمرة ونحوها فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخمرة فتعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحسد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشرح فن أن يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لشبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر أن نفاها هو حرمتها فان استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فسامعني جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضع اعتبارا بما يجوز ناعسه بالاصالة وان لم تستلزمه فسامعني الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فإنه سمها رجسا والرجس هو القدر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ألا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لشبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لان اسمها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وانعاصها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لم ينجسها فقد أهانها والتقويم يشعر بعزتها) أقول لقائل أن

الاجتناب من الفلاح واذا كان الاجتناب فلا حاكم الا تركا بخرية ونحوه او قوله فهل أنتم منتهون من آكد ما ينتهي به كانه قال قد تلى عليكم من أنواع الصوارف والموانع وهو وقوع التعادى والتباغض والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فهل أنتم منتهون مع هذه الصوارف أم أنتم على ما كنتم عليه كان لم توقعوا ولم تزجروا (قوله ثم هو غير معلول) أي النص الوارد في الخمر غير معلول عندنا والشافعي رحمه الله جعل الجريمة الثابتة في الخمر معلولة بالمخمرة فتعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحسد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال عليه السلام حرمة الخمر بعينها وتعليل لتعدية الاسم فإنه ثبت اسم الخمر لسائر الاشربة بمعنى المخمرة ثم ثبت حكم الخمر في سائر الاشربة بهذا التعليل لتعدية الاسم وتعليل لتعدية الاحكام لا بالاسماء لان وضع اللفظ ليس بقياس وأنه توقيفي (قوله انها نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم) لانها سميت رجسا بالنص القطعي (قوله والتقويم يشعر بعزتها) يعني قولنا ان

وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعني ما روى ابن عباس رضي الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل يعني المخمرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله (حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب خفيف عليه الشرب وأما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه بخلافها

(قال المصنف والشافعي يعديه اليها) أقول أنت المصنف الرابع الى سائر لا كذا به التانيث من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل في الاحكام لا في الاسماء) أقول فان قيل الشافعي أيضا يعدى الحكم كما اعترف به للمصنف أنفا فما وجه هذا الكلام قلنا انما يعدى الحكم بواسطة تعدية الاسماء فليتنا مل

وليس بخمر ولنا أنه رقيق، لئلا يطرب ولهذا يجتمع عليه العساق فيجزم شره بدفعه للغساق المتعلق به وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أرى الرطب

الذي هو المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لانه أعم من أن يكون منصفاً وغيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسمًا والمنصف قسمًا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معني وهذا أوجه لغظ لانه لو كان منصوبًا بالقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلًا فضلا عن أن يكون أوجه فانه يصير معنى كلام المنصف على ذلك التقدير العسير الذي طبع أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العسير المطبوخ أدنى طبخة مع أن تحرير المنصف ينافي ذلك أما أولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه بالطبخ ولا يخفى أن هذا أحسن من العسير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف ينصبو والاختلاف في المعنى وأما ثانيا فلانه قال ذلك حرام عندنا إذا غلي واشتد الخ ولا يخفى أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المنصف والمنصف منوع لا غير فهو مغطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العسير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق والآخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا إذا غلي واشتد وقذف بالزبد وإذا اشتد على الاختلاف وأما حديث أن المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقبح حصر وهما في الاربع ففعلى طرف الثمالم لأن الاربع التي حصرها الاشربة المحرمة فيها إنما هي أصول الاشربة المحرمة وأقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه لغظ لانه لو كان منصوبًا بالقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعا وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محمل كلام صاحب العناية فلا مجال لأن يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبًا بالقال أيضا لوجه آخر وهو أن الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني عنه كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبًا بالقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أرى الرطب) قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر إذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة إلى أن ينقع الرطب لاحتجالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوى انتهى وقال جهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسم نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجي انتهى أقول فيما قاله جهور الشراح أيضا نظر لان الذي كان اسم نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعبرات وسيجي في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على طعمه أنه لا يسكره من غير له وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام اهـ والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو الذي واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد (قوله وهو الذي من ماء التمر أرى الرطب) وانما

وقوله (وهو الذي من ماء التمر أرى الرطب) انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسم نبيذ التمر

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقافى وفيه نظر

لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله على ما سيجي وقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكره إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمته الخمر المستحل الخمر بكفره ومستحل غيره لا يكفر وقوله (وبدل عليه ما روينا) (٣١) من قبل (يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين

وأشار إلى السكرمة والنخلة وقوله (والآية مجعولة على الابتداء) إذا كانت الآية مجعولة على الابتداء (لأنها مكينة وحرم الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال المصنف وقيل أراد به التوبخ ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرأحراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المصنف من قبل) يرده قوله ولنا أنه رقيق ملذ مطرب الخ (وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمتها لا مثلها) كما إذا تألف المسلم خمر الذي على ما عرف

(قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر بغختين عسبراز طب اذا اشتد وفي الطلبة السكر بغض السبن والكاف هو التي من ماء التمر وقال في بوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضا (قال المصنف ويجوز بيعها ويضمن متاعها الخ) أقول المراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة (قال المصنف وما شهد له دلالة قطعية) أقول فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة قال

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرأورزقا حسنا من عليا به وهو بالمجرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية مجعولة على الابتداء إذا كانت الآية مجعولة مباحة كلها وقيل أرا دبه التوبخ بمعناه والله أعلم تتخذون منه سكرأورزقا حسنا وأما نقيض الزبيب وهو الذي من ماء الذي يبيح فهو حرام إذا اشتد وعلى وينا في حقه خلاف الأوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الآن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها أو يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهدا بتوهم حرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشر بها حتى يسكر ويجب بشرب قطره من الخمر ونجاسة خمرها خفية في رواية غليظة في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متاعها عند أبي حنيفة خلافا لهما في مالهما متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها

من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عندنا فإشارة إلى أن مقتضى التفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح أردف الحرام بالكره إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمته الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أم أولا فلانه لو كان مقصود المصنف بأرداف الحرام بالسكر الإشارة إلى ما ذكره لا ردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بأردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لسكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ما نافي فلان المصنف سيصرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها أو يكفر مستحل الخمر فلا حاجة إلى الإشارة إلى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التوبخ بمعناه والله أعلم تتخذون منه سكرأورزقا حسنا) قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرأحراما وتدون رزقا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية مجعولة على الابتداء بان الآية بمكة وتجريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرأحراما والخمر وقتئذ لم يوصف بالحرمة فابن السكر الحرام فليتأمل (قوله الآن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها أو يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهدا بتوهم حرمة الخمر قطعية) أقول لفتايل أن يقول من هذه الاشربة نقيض التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمة ولنا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقررت في علم الاصول أن إجماع الامية سمي إجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها أو يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهدا بتوهم حرمة الخمر لا يمكن أن يجاب عنه بان نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله البنا كما تقر وهذا أيضا في علم الاصول فيجوز أن يكون الإجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيح ويكون هذا باعنا على وقوع الاجتهاد في خلافه (قوله لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر) أقول فيه نظرا أما أولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال باحة الانتفاع به شرعا سيجي

فسر التمر أي بالرطب لسان الشراب المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وفيه خلاف الأوزاعي رحمه الله وفي السكر خلاف شريك بن عبد الله (قوله ويدل عليه ما روينا من قبل) أراد به قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين (قوله وقيل أراد به التوبخ) أي لم يرد الامتنان وأراد التوبخ بمعناه والله أعلم تتخذون منه سكرأورزقا حسنا أي تتركون وفي بعض الفوائد تدعون رزقا حسنا أي تسبهونه وفي الآية اضممار والاوجه أن يقال معناه والله أعلم تتخذون منه سكرأورزقا حسنا على زعمكم ولا اضممار فيه (قوله وقد بينا المعنى من قبل) وهو قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب (قوله خلافا لهما) أي في البيع والضممان (قوله لا مثلها)

المصنف غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها) أقول لا يقال ينبغي أن يجب المثل بدليل جواز البيع لانا نقول البيع يجوز مع السكره فلو أوجبنا المثل لكان مأمورا باتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام وهذا لا يجوز ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضا تأمل قال العلامة السكاكي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الجرام فلا يكون مأمورا باعطاء المثل حتى لو أعطى يخرج عن العهدة لأنه مكروه اه وفيه بحث الآن

على ما عرف ولا ينتفع به بوجه من الوجوه لانها محرمات عن أبي يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان المذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والزرة خلال عند أبي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكر ان منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الرمال وغن محمداً أنه حرام ويحد شاربه ويقع طلاقه اذا سكر منه كافي سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضاً وكان أبو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه ثم رجعت الى قول أبي حنيفة) وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ غلي ويشد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاء هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة فكان آية حرمة ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما

التصريح عن قريب بان هذه الاشربة لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور التمتع فيها وأما نانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقر في علم الأصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفي فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفي به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذهي أيضاً اجتهاداً لا قطعياً كما صرح به آنفاً (قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة) أقول في التعليل بحث اذا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا ترى أن السرقة نجس العين محرم تناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الربع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا للدهن النجس على ما صرحوا به وقدمهنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان المذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها في آخره مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى

على ما عرف) أي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأوراً باعطاء المثل (قوله وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة) أي ما سوى الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لانه قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من بعدما ذكر هذه الانبذة (قوله ومن ذهب عقله) أي بمنزلة من ذهب عقله بالبيع ولبن الرمال والوردى عن أبي حنيفة رحمه الله وسفيان الثوري رحمه الله اذا علم حين شرب أنه ينجس بفقد تصرفه وان زال عقله وان لم يعلم لا ينجس كذا في الاوضح (قوله وعن محمد رحمه الله انه حرام) أي ما سوى ذلك من الانبذة كالخند من الحنطة والشعير وأمثلة ويحد شاربه والشيخ الحسري رحمه الله ذكر في الفتاوى ان الفتوى على قول محمد رحمه الله كذا ذكره الامام المحمدي رحمه الله (قوله وقال فيه) أي في الجامع الصغير أيضاً وكان أبو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه ثم رجعت الى قول أبي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا أنه تفرد بهذا الشرط فالخلاف ان أبا يوسف رحمه الله كان يقول أولاً مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام ولكنه وحده شرط أن لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة أيام فها هما من مستلثان احدهما ان كل مسكر حرام عند محمد وأبي يوسف ووجه الله أولاً ثم رجعت الى قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني ان الاشربة بنحو السكر ونقيع الزبيب اذا غلي واشتد حرام عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله كذلك ولكن بشرط ان يبقى بعد عشرة أيام ولا يفسد أي لا يحمض ثم رجعت الى قولهما (قوله ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنه) وهو ما قال كل نبيذ يفسد عند ابائه فلا بأس به وكل نبيذ زاد جوده على طول الترك فلا خير فيه وأدبه النبي من ماء الزبيب والتمر أنه مادام حلوا ولم يصير معتقافه بحيث يفسد عند ابائه فلا بأس بشربه واذا صار معتقافاً غلي واشتد وقذف

أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام وأورد رواية الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الاشربة أي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله (وقال فيه) يعني في الجامع الصغير

يؤول يجب بمعنى ينجس (قوله ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام) أقول فينبغي أن لا يجوز بيعها لكن المصادق بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل ترتب الثمران المطالب به كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول لتعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما
نذكره أن شاء الله تعالى وأبو يوسف جع إلى قول أبي حنيفة فسلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط
أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه
ما يغلب على طعمه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي
حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره أن شاء الله تعالى قال (ولا بأس بالخليطين) لما روى
عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي فغدوت اليه من الغدفا فخيرته
بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع
الزبيب وهو الذي منه وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والربوب والربوب
والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الجنبطة والذرة والشعير
حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

(قوله) ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي
فغدوت اليه من الغدوا فخيرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد
والفسقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي
والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي في ما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه
ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول
وأظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيح فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة
دليلا على حل الخليطين وإنما هم أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي إلى أهلي يشعر بإسكار الشربة التي سقاه
ابن عمر إياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني
بوجهين أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ما كدت أهتدي إلى أهلي على سبيل المبالغة في
بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن
زياد تلك الشربة قائم بالو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كل زهد ووقفة على أن يسقيه إياها وأما تأثيره في
الشارب بعد أن شربه بحيث يصل إلى مرتبة الاسكار فليس له حكمة مقدارها وهو يختلف باختلاف الطباع
والاوقات وللشارب أن يجتزعه عنه مهما أمكن فان وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فأنما هو في

بالزهد فهو زداد جودة إلى طول التمر لا خيره فيه وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله في الابتداء في المطبوخ من
ماء الزبيب والتمر أنه إذا صار معتقلا يحل شربه وإن كان بحيث يفسد إذا ترك عشرة أيام فلا بأس بشربه ثم رجع
إلى قول أبي حنيفة رحمه الله (قوله) وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه) وهو
الغليان والشدة والقذف بالزبيب فيما يحرم أصل شربه وهو الخمر وفيما يحرم السكر منه وهو نبيذ التمر والزبيب
إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة يعني كإن الخمر لا يشبب إلا ما يشبب على هذا الحد من الغليان والاشتداد
والقذف بلز يد كذلك لا يشبب كون السكر من هذين الشرابين حراما إلا بشئ هذا الحد فمما هو والغليان
والاشتداد والقذف بالزبيب (قوله) ولا بأس بالخليطين) وهو أن يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب ويطبخ أدنى طبخة
ويترك إلى أن يغلي ويشد كذا في الأوضح (قوله) سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى
أهلي) وابن عمر كان معروفا بالزهد والوقفة على أن يسقيه إياها وأما تأثيره في
ما كان حراما وهذا يفيد أن المختار من العجوة والزبيب حلال وإن اشتد وصار مسكرا لأن الذي سقاه كان مسكرا
الآثرى إلى قوله ما كدت أهتدي إلى أهلي وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو الذي منه
(قوله) محمول على حالة الشدة أي على العسرة والقحط حيث كثر لافغضاء الجمع بين النعمة بين بل المسحوب
أن يأكل أحدهما أو يؤثر بالآخر على جاره حتى لا يشبع هو وجاره جائع وما روى يمانن الأباة محمول على حالة

قال (ولا بأس بالخليطين)
الخليطان ماء التمر والزبيب
إذا خلطتا فطبخا بعد ذلك
أدنى طبخة ويترك إلى أن
يغلي ويشد والعجوة التمر
الذي يغيب فيه الفرس
لجودته وقوله (محمول على
الشدة وكان ذلك في الابتداء)
يعني أن النهي عن الجمع
بين التمر والزبيب كان في
الابتداء في وقت كان بين
المسلمين ضيق وشدة في أمر
الطعام لئلا يجمع بين
الطعامين ويترك جارا جاعا
بل يأكل أحدهما ويؤثر
بالآخر على جاره ثم لما وسع
الله على عباده النعم أصبح
الجمع بين النعمتين

رحمه الله اذا كان من غيراهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمه والنخلة لخص الخمر بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل بشرط الطبخ فيه لا باحته وقيل لا بشرط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعوا الى كثيره كيفما كان وهل يحذف في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحذف وقد ذكرنا لوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحذفانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحذف من غير تفصيل وهذا لان العساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من

الغفلة والعهد في ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعوا الى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منطوقه لا بدعوا ليدعوا قليله الى كثيره لا يقتضى أن لا يشترط الطبخ فيه لا باحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لا باحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعوا الى كثيره كيفما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاطهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب المتخذ مما هو أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الاشربة ليعتبر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحذف في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحذف) أقول قد مررت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل ولزرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحذف ان كان عنده وان سكر فان تعرض لها مرة أخرى يشبه التكرار فعمل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح أنه يحذف وما قبله فوطئته نعم يتجه أن يقال لو ذكر أيضا ههنا ذكر قوله قالوا والاصح أنه يحذف لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو إشارة الى قوله لان قليله لا يدعوا الى كثيره وقال ويجوز أن يكون إشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الاشربة ليست بمنزلة ما هو أصل الخمر فلا حرم لا يحذف السكران منه انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الإشارة الى ما ذكرنا السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الزمالة انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا ونقل ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول بردي على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل الى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال ولان قليله لا يدعوا الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع أنه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحذف بخلاف فعله أنه لا تأثير لعدم دعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران وبرد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقول لسان وينما كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفاد من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا ههنا فاني يتيسر الإشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان أنعم صاحب العناية في الذي ذكره لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيوخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح أنه يحذفانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحذف من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا

السعة بين الناس حيث أباح الجمع بين النعمتين هكذا روى عن ابراهيم الخفي رحمه الله كذا في مبسوط شيخ الاسلام (قوله لخص الخمر بهما) والمراد بيان الحكم وهو حرمة ما يتخذ من ثمرهما فيكون ما وراءهما مباحا بالنصوص العامة (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) إشارة الى ما ذكرنا السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الزمالة وهذا لان النص ورد بالحد في الخمر وهذا ليس في معناه فلو وجب الحد فيه لكان

وقوله (قيل لا يحذف) هو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله وقوله (وقد ذكرنا لوجه من قبل) إشارة الى قوله لان قليله لا يدعوا الى كثيره قيل ويجوز أن يكون إشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الانبذة ليست بمنزلة مما هو أصل الخمر وقيل هو إشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الزمالة وباقى كلامه واضح

(قوله وقيل هو إشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الزمالة) أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد ما لفظا فإني كان قوله من قبل وأما معنى فان عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل الى الكثير

الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من ابن الرمال لا يحل عند أبي حنيفة اعتبارا بلحمة اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لاني ابا حنيفة من قطع مادة الجهاد ولا احترامه فلا يتعدى الى لبنة قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى أما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما أسكر الجرم منه فالجرمة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام خمر الجرم لعينها ويروى

لا يحل عن ركاسة اذا اظهر أن مراده بقوله وهل يحل في المتخذ من الحبوب اذا سكر أنه هل يحل في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قوله ما والمصنف الآن بعد التفرع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قيل لا يحل وقوله قالوا والاصح أنه يحل على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح أنه يحل أن يقال فانه روى عن محمد في مسكر من الاشربة أنه يحل من غير تفصيل فان محمد اذا يخالفهما في أصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وعلى فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأما ما هو مافيه ولان يحل ذلك كما تقدم آنفا فلا يكون المروى عن محمد حجة في حقه ما وعنه هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لان الفساق يجمعون عليه الخ حيث قال وذكري في الهداية وبمبسوط شيخ الاسلام الاسبيجاني الاصح أنه يحل لان الفساق يجمعون في زماننا على شربه كما يجمعون على سائر الاشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك) أقول فيه ضرب اشكال وهو أنه قد مر في أول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي الغاية بين قول محمد بحرمة وبين قوله بكراهية فينا في ما تقر في أوائل الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة قطعية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقر أيضا هناك فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة رواية الكراهية عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في أحداهما وظنية في الأخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا يحل للقول بقطعية حرمة المثلث العني عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشيء تستلزم أن يكفر مستحلهما وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وعن هذا قالوا فبما سوى الجرم من الاشربة الثلاثة المحرمة عندنا أثبتنا أجوع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلهما ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهاد الاباحية فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر أصحاب الطواغر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنسي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور الغاية بينهما وبين الكراهية على أصل محمد يمكن أن يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهية التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف فان المكروه كراهية التحريم ليس بحرام أصلا عندهما بل الى الحرام أقرب بؤا ما المكروه كراهية التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام أقرب عندنا وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز أن يكون المزايا بالكراهية في قول المصنف ههنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهية التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول السكك فيندفع التنافي بين المقامين نامل (قوله ولهما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها ويرى

وقوله (وعن محمد رحمه الله
مثل قولهما) أي مثل قول
أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله مذكروني
النوادر ولنا أي لعلمائنا
الثلاثة على القول الموافق
لحمد وفي بعض النسخ
ولهما أي لأبي حنيفة وأبي
يوسف

بطريق القياس وذال يجوز ولان الحسد شرع لار جوع ارتكاب سيئة ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتفرع فلا يشرع فيه الزجر كذا في المبسوط

بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذا لعطف للمغاربة ولان
المفسد هو القدر المسكر وهو حرام عندنا

بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب (قال في النهاية وله ما أيضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الاية
بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وارتب العداوة والبغضاء
وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلبنا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا
قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقى على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض
هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلاثة قليلها أيضا حرام عندنا قاطبة وعندنا ما لا
والشافعي وأكثر العلماء مع أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كالا يخفى (قوله
خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذا لعطف للمغاربة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في
غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخله على المقصور وكفى قولهم خصصت فلانا
بالذكرة على ما تقرر في موضعه اذ هو المقيد لما عداها ما ههنا دون العكس كالا يخفى على ذي مسكة لكن فيه
بحث وهو أن الاستدلال على مدعاه في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا حل الاشربة المحرمة
الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ
الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة بخلاف المذهب فليستأمل (قوله ولان المفسد هو
القدر المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدر المسكر انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم
ما تقدم أيضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدر الاخير اضيف الحكم اليه ليكون علة معنى وحكما كذا ذكره
جهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة
اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل
واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس يصح اذ لا يخفى أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا
معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم
ولا يترسخ عنه كما عرفت كما في علم الاصول ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان
أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدم في مطلوبنا ههنا اذ لا ننكر
حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عندنا شمله على القدر المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدر
المسكر بما قرأه نعم بقى الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء الاخير
وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لاسما على ما هو المشهور في
كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الغايل التفتنا في قال في التلويح في مباحث العلة
من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضاعفا
الى الجزء الاخير كالن الاخير في انقال السفينة والقدر الاخير في السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير
علة اسما أيضا أي كما أنه علة معنى وحكما فيتنظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية
والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدر الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون
المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشيء فضلا عن أن يكون أولى اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر
على شيء وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في أن المفسد
للعقل هو القدر المسكر أي المزبول للعقل سواء أطاق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح
المتقدمة فكان الحرام هو القدر المزبول للعقل لا غيره بالجهة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل
دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدر الاخير لا يزيل العقل لا غير بالجهة مدار الاستدلال ههنا على المعنى فكان لما تقدم من
الاقداح مدخل أيضا في ازالة العقل فينبغي أن يحرم أيضا لم يعد أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم

وقوله (ولان المفسد للعقل
(هو القدر المسكر وهو
حرام عندنا) لا ما قبله فان
قبل القدر الاخير ليس
بمسكر على انفراده بل بما
تقدم فينبغي أن يحرم
ما تقدم أيضا أوجب بان
الحكم يضاف الى العلة معنى
وحكما وفيه نظر لان الاضافة
الى العلة اسما ومعنى وحكما
أولى والمجموع بهذه الصفة
والاولى أن يقال الحرام هو
المسكر واطلاقه على ما تقدم
مجاز وعلى القدر الاخير
حقيقة وهو مراد فلا يكون
المجاز مرادا

(قوله والاولى أن يقال
الحرام هو المسكر واطلاقه
على ما تقدم مجاز) أقول
اطلاقه على ما تقدم على
القدر الاخير مجاز بلا شبهة
وأما اطلاقه على المجموع
من القدر الاخير وما تقدمه
فليس بمجاز والكلام فيه
(قوله وعلى القدر الاخير
حقيقة وهو مراد فلا يكون
المجاز مرادا) أقول ويقرب

وقوله (وانما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن نقر به على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المفسد هو الأخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن (٣٧) المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا

وكثيره وهذا واضح وجهه
الجواب عن الأول أن القياس
ذلك ولكن تركناه لأن
الخمر لرققتها ولطافتها تدعو
إلى الكثير فأعطى القليل
حكم الكثير والمثلث ليس
كذلك الغلظة وعلى الثاني
بطريق الفرق وهو واضح
وقوله (والحديث الأول)
يعني قوله كل مسكر خمر ليس
بثابت لما بيناه من طعن
يحيى بن معين وابن سلما
ثبوته فهو محمول على القدر
الأخير وقوله (والذي يصب
عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه
بالطبخ حتى يرق) لم يذكر
اسمه لاختلاف وقوعه فإن
منهم من يمهأه يوسغها
ويعقو بيلان أبابوسف رحمه
الله كثيرا ما كان يستعمل
هذا ومنهم من يسمأه بختجا
وحيدا قال لأنه منسوب
إلى رجل اسمه حيد وهل
يشترط لإباحته عندهما بعد
ما صب الماء فيه أدنى طبخة
اختلف المشايخ رحمهم الله فيه
واختاره المصنف رحمه الله

بما ذكره الشارح ما قاله
الامام الترمذي في شرح
الجامع الصغير لا يقال القدر
لأخير مسكر بما تقدمه لأن
المسكر ما يتصل به السكر
وهو كالخم من الطعام
فإن المحرم هو الخمر انتهى
قال التفتازاني في التلويح

وانما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرققته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه والمثلث لغلظته لا يدعو وهو في نفسه
غذاء فبقى على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدر الأخير وهو المسكر حقيقة
والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لأن صب الماء

بجواز وعلى القدر الأخير حقيقة شئنا أن دفع ذلك السؤال أصلا وانما يشي ذلك في الجواب عن استدلال
الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومحل قول المصنف ثم هو محمول على القدر الأخير وهو المسكر
حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن رد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال إطلاقه على ما تقدم
على القدر الأخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما إطلاقه على المجموع من القدر الأخير حقيقة وهو مراد فلا
يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لأن إطلاقه على ما تقدم على القدر الأخير إذا كان مجازا
بلا شبهة كيف يتصور أن يكون إطلاقه على المجموع حقيقة فإن المجموع مشتمل على ما تقدم على القدر
الأخير أيضا ولا شك أن إطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون
حقيقة لأن الحقيقة هي الكامة المستعملة في ما وضعت له والمجموع المركب ما وضعت له ومما لم توضع له
ليس مما وضعت له فعاو لو سلم أن يكون إطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضركم إذا
يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكر أن يكون المتقدم على القدر الأخير أيضا مسكرا حتى
يلزم كون ما تقدم على القدر الأخير حراما أيضا تأمل تغف (قوله وانما يحرم القليل من الخمر لأنه يدعو
لرققته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول فيسه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون جرمة الخمر
معلقة وقد صرح فيما مر بان الجرمة عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لأن تعليقه خلاف السنة المشهورة
وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال
وانما يحرم القليل من الخمر لروا النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والحديث
اللهم الآن يجعل كلام المصنف ههنا على التزل والزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جوابا عن
قول الخصم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره فبصر (قوله والحديث الأول غير
ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للعديتين الأخيرتين اللذين
رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى أقول توجهه ليس بشئ لأن دلالة الحديثين
الأخيرين اللذين رواهما الخصم على جرمة قليل ما أسكر كثيرا انما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد
المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد
تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص واقتضائه عند التعارض فإن أراد ذلك القائل
بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس يصح
وان أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل محسول كالأينفي
(قوله والحديث غير ثابت على ما بيناه) يعني به قوله كل مسكر حرام على ما ذكر يحيى بن معين قال ثلاث
أحاديث لم تصح روايتها من رسول الله تعالى وذكر من جعلها هذا الحديث فإن قيل القدر الأخير انما يصير
مسكرا بما تقدمه لا بانقراده بنفسه فينبغي على هذا أن يكون الكل مما تقدم وما خمر حراما لا سندا لكل واحد
منها في التقوى إلى الآخر قلنا لما وجد السكر بشرب القدر الأخير أصيب الحكم إليه لكونه علة معنى وحكما
وهذا لأن المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة الخمر من الطعام فإن تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوى بدنه حلال
وما يتخذه وهو الأكل فوق الشبع حرام ثم المحرم منه ما هو المقدم وما زاد على الشبع وإن كان هذا لا يكون متخذا
الإباعتبار ما تقدم فكذلك في الشراب

ذهب المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم وبصير الحكم مضافا إلى الجزء الأخير كالم في الأخير في انتقال السفينة
والذبح الأخير في السكر انتهى (قال المصنف والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للعديتين الأخيرتين

وقوله (أو يذهب منها) يعني تارة يذهب الماء أولاً للطائفة وتارة يذهب العصير والماء معاً فلو ذهب الماء معاً يحل شره به كما يحل شره المثلث لأنهما لما ذهب معاً كان الذاهب من العصير أيضاً ثلثين كالماء لكن لما لم يتحقق ذهابهما معاً واحتمل ذهاب الماء أولاً للطائفة قلنا بحرمة شره احتياطاً لانه اذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباقي وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله (يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي (٣٨) يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول إنما التحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما

ذكره في الكتاب (قال ولا بأس بالانتباز في الدباء الخ) جوازاً أكثر أهل العلم الانتباز في الدباء وهو القرع والختم وهو حرام جازاً أو حصره يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة ختمته والمزفت وهو الطرف المطلى بالرفث وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث

عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرنا وعن لحم الاضاحي أن يمسكوه فوق ثلاثة أيام فامسكوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم لئلا تنسج به موسمكم على معسكركم وعن النبي في الدباء والختم والمزفت فاشربوا في كل طرف فان الطرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولكن انما يندفعه ان كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانتبذة تستند في هذه الظروف أكثر مما تستند في غيرها

لا يزيد الاضعاف بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولاً للطائفة أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يصير يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصير ولو جمع في الطبخ بين العنب والنمر أو بين النمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان النمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طبخة فصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع النمر لما قلنا ولو طبخ نقيع النمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما أنقع فيه شيئاً يصير الا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حسد في شره لان التحريم للاحتياط وهو للمعد في درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباز في الدباء والختم والمزفت والنقير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية

(قوله لان الماء يذهب أولاً للطائفة أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم أي على القطع والبتات تعقيد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تعقيد المنفي فالمعنى أن ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لان عدم ذهابهما قطعي فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بان يذهب الماء أولاً للطائفة قلنا بحرمة شره بذلك العصير احتياطاً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا يحل للبحث المذكور والفرق بين تعاقب القيد بالنفي وبين تعلقه بالنفي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والنمر أو بين النمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين النمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كما النمر يكتفي فيهما بأدنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ النمر والزبيب اذا

(قوله لان الماء يذهب أولاً للطائفة أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) يعني تارة يذهب الماء للطائفة أولاً وتارة يذهب العصير والماء معاً فلو ذهب الماء معاً يحل شره به كما يحل شره المثلث لأنهما لما ذهب معاً كان الذاهب من العصير أيضاً ثلثين كالماء وهذا يجوز شره به لكن لما لم يتحقق ذهابهما معاً واحتمل ذهاب الماء أولاً للطائفة قلنا بحرمة شره به احتياطاً لانه اذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا على ما مر وهو الباقي (قوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات (قوله في حديث فيه طول) وهو ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال كنت نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرنا وعن لحم الاضاحي أن يمسكوه فوق ثلاثة أيام فامسكوا

ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضته ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالذي هو عنب فانما يحذف و ينبغي أن تكون الكاف زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصير) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير قبل طبخ العنب والوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصير كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه (قال المصنف لان النمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طبخة الخ) أقول هذا التعديل لا يفي بنسب ما ادعاه الظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والنمر يكتفي فيه بأدنى طبخة الخ

يعني فصاحبها على خمار من الوقوع في شرب الخمر وقوله (واذا تخلل الخمر) يعني أن خل الخمر خلل عندنا سواء تخلل بنفسها أو خلل وقال الشافعي رحمه الله أن كان التخلل ببقاء شيء فيها كالمخم وغيره فهو حرام قولاً واحداً وإن كان بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما ألقى في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة غيره وليس فيها إذا تخلل بنفسها شيء من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الإدام الخل (٣٩) هو يذ أول التخلل والتخلل لا يحل ولا يحل ولا يحل

التخليل أصله إصلاح النفس بأبواب صفته الصلاح من حيث التغذية به وكسر الشهوة وتسكين الصغراء وغير ذلك وإصلاح النفس أن لم يكن واجباً لأقل من الإباحة والمنافع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون مغناه التخلل صالح للصالح والصالح للصالح للصالح وبالدباغ وقوله (والاقترب لاعداء الفساد)

جواب عن قوله أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التبول ووجهه لا نسلم أنه على وجه التبول بل المنظور إليه إعدام الفساد وذلك بالاراقة بجائز التخليل أولى لمافيه من احراز مال يصير حلالاً في المسائل وهذا ظاهر وما بعده إلا المسكارة فان قيل فما يصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن أرقها حين سأل أبو طهة عن تخليل خمر أيتام عنده وما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا أجيب عن الأول بأن ذلك في ابتداء التحريم فحالهم أن يحوموا حول الخمر كالحرم الانتباه في الأوعية

فاشر بواني كل طرف فان الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولا تشرى بوا المسكر وقال ذلك بعدما أخبر عن النهي عنه فله فكان نامحاله وانما ينبغي فيه بعد تطهير فان كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وان كان جديداً لا يطهر عند محمد لنشره بالخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينص بالعصر وقيل عن أبي يوسف ثلاثاً مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخلل الخمر حلت سواء صارت خللاً بنفسها أو شيء يطرح فيها ولا يكره التخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به أن كان التخليل بالبقاء شيء فيه قولاً واحداً وإن كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان أنه في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التبول والامر بالاحتساب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الإدام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير لكم خل خمركم ولأن التخليل نزول الوصف بالمفسد وثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصغراء وكسر الشهوة والتغذي به والإصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالدباغ والاراقة والتخليل أولى لمافيه من احراز مال يصير حلالاً في الثاني فيختاره من ابتلى به

طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد انتهى أقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالتخليل طيناً أظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله وينبذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد اذلقا أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحسل في الثاني الحل في الأول وقد ثبت صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القدوري الأول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب السكاف في فهم ركائفة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جع في الطبخ بين العنب والتمر وبين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب وهو من نفس المصنف أو من النسخ الأول الأتية يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن إفادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم أن تاج النشر يعترضه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يثنى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر أنه يكتسب فيهما إباحة طبخة قلت أن هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثه بالطبخ انتهى واقتضى أثره العيني

مبادلكم ورتبوا فاعلموا هيتكم ليتسع به موسركم على معسر كرم وعن النبي في الدباء والخم والمزفت فاشربوا في كل طرف فان الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه (قوله وكذا الصالح للصالح) أي وكذا الصالح للصالح وهو الخل مباح (قوله والاقترب لاعداء الفساد) أي لا بطلان صفة الخمرية بكونه نظيراً للاقترب للاراقة وهو جواب عن قول الشافعي رحمه الله أن في التخليل اقتراباً فان قيل هل هي نجس العين فحرم التصرف فيها قياساً على الميتة والبول والدم قلنا ليس كذلك فذاً انها ذات العصير وهو ظاهر قبل التخمير والنجاسة باعتبار الشدة وما هي بعينها بل هي وصفها وهو يقبل الزوال كالصبي في الصبي وأما قوله عليه السلام لا تتخذوا الخمر خلا فغناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل أي لا تضعوه موضع الخل على الموائد كما يوضع الخل (قوله والتخليل أولى) بأن يكون مباحاً من الاراقة ذي الاراقة ابطال المفسد لا غير وفي التخليل احراز المال وصيانته مع ابطال المفسد

المذكورة مع تصريحه ثانياً بأن الظرف لا يحرمه ويوضحه أنه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالتخليل الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال وما نزل قوله تعالى اتخذوا حجارهم وراهبانهم أرباباً من دون أنه قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يارون وينهون وتطبعونهم قال نعم فقال هوذا فسر الأخذ بالاستعمال

والزبيب فهي أول النسخين وتسبع الأسر الأولى

قودي الخمر وغيرها ما يسبق في أسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما يخص الامتشاط لان له تأثيرا في تحسين الشـعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعديل المستفاد من قوله كفى السكب والميتة (ولا يجد شارب الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح (٤٠) * (فصل في طبخ العصير) * لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمير الحلقه بالاشربة

واذا صار الخمر حلا يظهر ما يوزمهم من الاناء فاما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعاً وقيل لا يطهر لانه خير يا بس الا اذا غسل بالخل فيتحلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ بخلا يطهر في الحبل على ما قالوا قال (ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالخمر حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرأاً ودبرة دابة ولا أن يسقى ذمياً ولا أن يسقى صبيلاً للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقى بها الدواب وقيل لا تحتمل الخمر اليها أما اذا قادت الى الخمر فلا بأس به كفى السكب والميتة ولو أقي الدردى في الخل لا بأس به لانه يصير حلاً لكن يباح حمل الخل اليه لانه لا عكسه لما قلنا قال (ولا يجد شارب به) أي شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعي بحله لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصاً فاشبهه غير الخمر من الاشربة ولا حذفتها الا بالسكر ولان الغالب عليه الشغل فصار كذا اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقتطارها في الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقاة لا تؤكل لتجسسها بها ولا حذما لم يسكر منه لانه أصابه الدخ ويكرهه كل خبز عجن بعينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

* (فصل في طبخ العصير) * والاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهب ثلثي ما بقي ليحل الثالث الباقي بيبانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدها والعصير أو ما يمازجه وأياما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثاً وصل آخران العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهاباً لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معاً على الجلة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصير والثلث الباقي ماء وعصير فصار كذا اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيبانه عشرة دوارق من عصير وعشر ون دووقان ماء في الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجلة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثها الجلة لما قلنا والغلي بدفعه أو دفعات سواء اذا

قلت ويؤبد ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه مادام حلوا وأما اذا غلي واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما لله في ظاهر الزبابة يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رجحما لله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان باطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

* (فصل في طبخ العصير) * قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمير الحلقه بالاشربة تعلموا لابقاء ما هو حلال على حله وعلى قوله كفى السكب والميتة أي لا يحتمل الميتة الى السكب لكن يؤتى السكب اليها (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله كفى السكب والميتة (قوله يكرهه كل خبز عجن بعينه بالخمر) اقيام أجزاء الخمر فيه والعجن الخبس لا يظهر بالخمر فلا يحل أكاه * (فصل في طبخ العصير) * (قوله الاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار) أي ما يخرج من القدر من شدة

تعليم لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيال للشرب وهو مجمى قوله (وان كانا يذهبان معاً على الجلة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كان محمد اعلم أن العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولاً ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معاً ففصل الجواب فيه تفصيلاً وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهاباً فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معاً فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث السكب وقوله (في الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء اولاً وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجلة قال شيخ الاسلام طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم لانك تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجة ذلك الى الثلث والثلاثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والسكك تسعة أسهم فاذا ذهب الماء أولاً فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه

فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنتان فقد ذهب ثمانية تبقى واحد وهو تسع السكك وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصير معاً (يطبخ حتى يذهب عشر ون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث (قوله وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير) أقول قوله لانه أي لان الشان ولغظاً ما في قوله ما بقي موصولة والله أعلم

الماء فهو وما لو صب الماء في العصير بعدما صار مثلثا سواء وقوله (يجل) لانه أثر النار مثله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خسامه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر ثلاث النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء هذا بخلاف ما إذا برد قبل أن يصير (٤١) مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان

منه شيء فإنه لا يجمل لان الغليان بعدما انقطع عنه أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار بحر ما وقوله (بيان عشرة أوطال عصير الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعين) وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة أوطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعا فلذا انصب منه ثلاثة أوطال فهذا في المعنى ثلاثة أوطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقي منه ستة أوطال وستة أتساع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثالث وهو رطلان وتسع رطل وقوله (ولها طريق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أوطال حرام وهو ستة أوطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أوطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام

حصل قبل أن يصير بحر ما ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلث ان يجمل لانه أثر النار وأصل آخر أن العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهرى بق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن نأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم نقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسم فهو حلال ببيان عشرة أوطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهرى منه ثلاثة أوطال نأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلاثون وفيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم نقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج كل جزء من ذلك اثنين وتسعين فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعين وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما كنت غيبنا به كفاية وهذا به على تقدير أن يكون الذاهب بذهاب العصير غير ظاهر اذا لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي كونها عصيرا اذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب بدافى حكم العدم بالأمر لوجه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاطهر في تعليل هذا الأصل أن يقال لان الذي يذهب بدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الأصل عشرة دوارق عصير نصب في قدر فطبخ فتغلي وتغذف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يسقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق بد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر عموما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما كنت غيبنا به كفاية وهذا به على تخرج غير هان المسائل) قلت فيها جهام اعطيت كتابيه المسمى أحدهما بكتابة المنتهى والاخر بالهداية

الغليان وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن الدورق مكيا للشراب يسع أربعة أمعاء وهو أعجمي قوله في الوجه الاول) وهو ما اذا كان الماء أسرع ذهابا بطبخ حتى يبقى تسع الكل وهو ثلاثة وثلاث لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني وهو الذي يذهب الماء والعصير معا يجب أن يطبخ حتى يذهب ثلثا عشرة رطل ويبقى ثلثه عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعدما طبخ حتى يذهب ثلثا سواء (قوله ببيان عشرة أوطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهرى ثلثه أوطال يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلاث فيضربه فيما بقي الى آخره) وذلك لان الرطل الذي ذهب بالطبخ ليس بذهاب حقيقة بل هو قائم ولكن ندخل أجزاءه في أجزاء الباقي فيزاجه فبراجع أجزاء الرطل الى أجزاء البقية وهو تسعة أوطال فيكون مع كل رطل تسع رطل فاذا انصب منه ثلاثة أوطال فقد انصب ثلاثة أوطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقي ستة أوطال وستة أتساع رطل ولو كان هذا حقيقة وليس أنه يطبخ حتى يبقى رطلان وتسع رطل كذا هنا (قوله ولها طريق آخر) وهو أن الذي ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثا عشرة أوطال حرام وهو ستة أوطال وثلثا رطل فاذا أهرى ثلثه فهذا من الحلال والحرام جميعا لانه لا معلق للذاهب حسابا بالحلال أو بالحرام فكان الذاهب منها على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثا رطلان وتسع رطل وان ومتز زيادة الانكشاف

(٦ - (تكملة الفتح والكفاية) - (تاسع) والباقي تسعة أوطال والحلال منها ثلاثة أوطال وثلث رطل والحرام خمسة أوطال وثلثا رطل فاذا أهرى ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا معلق للذاهب حسابا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منها على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثا رطلان وتسع رطل ولو ومتز زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا لاحتيا لكان الى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصار ثلثا رطلان والحلال ثلثا رطلان وتسع رطل وهو عشرة فيبقى عشرة رطلان

وتسعار طل * (كتاب الصيد) * مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد هما لورث السرور
الا أنه قد تم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاخترا من هنا ومجاسن محاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد
يكون اظهار الجلادة وقد يكون الغرض والصيد مصدره وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد ما أن يكون محرماً ولا فان كان
فهو حرام وان لم يكن فالما أن اصطاد في الحرم أو لا فان اصطاد فيه فكذلك والاف هو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطاً خمسة في الصائد وهو أن
يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه (١٢) الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامداً وأن

الى تخرج غيرهما من المسائل * (كتاب الصيد) *
قال الصيد الاصطيد ويطبق على ما يصاد والفعل مباح لغیر المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حلتم

* (كتاب الصيد) *
قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من
المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الآن السرور في الاشربة المباحة أكثر لانه باسرها يدخل في
الباطن والسرور في الصيد باسرها خارجي فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظر أما
أولاً فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والذكاة كرفيه كل أشربة مباحة على
التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا الذكاة قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجهه ما حكي
وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بان الاشربة جميع شراب
والشراب عند أهل الشرع ليس له حرام من المباحات فإما معنى قوله أن كل واحد من الاشربة والصيد من
المباحات التي تورث السرور وأما ثانياً فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فانه قال
هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشراب لاسبابه في الاشتقاق ولكن قد قدم الشراب لانه حلال والاشربة
فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تاختير الاشربة عن الشراب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبة
بالصيد باحتجاجهم ابرار السرور فبين كلاميه في المقامين تناقضاً لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب
الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو
الاصطيد ويطبق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطيد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو
أخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد بمجاز الاطلاق لا الم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوخش عن الآدمي باصل
الطلق كما كولا كان أو غير ما كولا كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطاً
خمس في الصيد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل
صيده وأن لا يترك التسمية عامداً وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة في السكاب منها أن يكون
معاً وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحاً وأن لا يأكل منه
وخمس في الصيد منها أن لا يكون متقوياً بانيابه أو بخيليه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات
الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمهم وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه انتهى وذكر

فاجعل كل رطل تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث وثلثه ثلث فصار اوطال الحلال ثلثين يذبحها وقد أرى
ثلاثة وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعار طل والله أعلم بالصواب
* (كتاب الصيد) *

الصيد لغة الاصطيد وقد سمي الصيد صيداً تسمية بالمصدر فيجمع اذا على صيود * الاصطيد مباح غير المحرم في
غير الحرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا أمر بالاصطيد وادنى

لا يشتغل بين الارسال
والاخذ بعمل آخر وخمس
في السكاب أن يكون معاً
وأن يذهب على سنن
الارسال وأن لا يشاركه في
الاخذ ما لا يحل صيده وأن
يقتله جرحاً وأن لا يأكل منه
وخمس في الصيد أن لا يكون
من الحشرات وأن يكون
من بنات الماء الا السمك
وأن يمنع نفسه بجناحيه أو
قوائمهم وأن لا يكون متقوياً
بانيابه أو بخيليه وأن يموت
بهذا قبل أن يصل الى ذبحه
كذا في النهاية منسوبة الى
الخلاصة وفيه تسامح لان
هذا شرط الاصطيد
للاكل بالسكاب لا غير على
أنه لو انتفى بعضه لم يحرم
كألو اشتغل بعمل آخر لكن

* (كتاب الصيد) *
مر في فصل جنابة الصيد
من كتاب الحج تعريفاً
للصيد (قوله من حيث أن
كل واحد من الاشربة)
أقول ومن حيث ان الصيد
من الاطعمة ومناسبتها
للأشربة غير خفية ثم كأن
منها جللاً وحراماً كذلك

من الصيود ما هو حلال وحرام (قوله الآية قدم الاشربة) أقول لا يقال كونها مع الشراب شعبة متعارف واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لانه لم
يدع أحدهم السكافية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وأن يموت بهذا) أقول قوله وأن يموت بهذا مستدرك بعد قوله وأن
يقتله جرحاً (قوله قبل أن يصل الى ذبحه) أقول والا لا يكون صيداً بمحض الكلام في حله (قوله وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطيد لا لا كل
بالسكاب) أقول فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غير من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الح) أقول
مما ادعاه صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيده قتله السكاب ولم يكن فيه آفة غيره فليتأمل

أدركه حيا فذبحه وكذا إذا

لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه
صيد وهو حلال وهو
مشروع بالكتاب والسنة
والاجماع أما الكتاب
فقوله تعالى وإذا حللت
فامطد وافان أدنى مرتبة
الامر الاباح قوله تعالى

وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حربا يدل فانه على الحل اذا زال
الاحرام وفيه نظر لانه
استدلال بمفهوم الغاية
وهو ليس بمحتمل ولو ذكر
مكانه أحل لكم صيد البحر
كان أنسب وأما السنة
فقوله صلى الله عليه وسلم
لعدي بن حاتم على ما ذكر
في الكتاب ولم يرو خلاف
لاحدي فباحته فكان اجماعا
وقوله (ولانه نوع اكتساب
والاكتساب مباح كالاكتساب
استدلال بالمقول

(قوله وكذا اذا لم يمت بهذا)
أقول ناظر الى قوله وأن
يموت بهذا قبل أن يصل الى
ذبحه (قال المصنف وقوله
عز وجل وحرم عليكم صيد
البر ما دمتم حربا) أقول مادام
لتوبة فعل بعدة ثبوت
مصدر خبرها فاعل ذلك
المصدر فانت في قولك اجلس
مادام زيد قائما أي بوجه موقف
اجلس الخطاب بعدة ثبوت
قيام أي زيد وما التي في مادام
مصدرية والمضاف الذي هو
الزمان محذوف أي مسدة
دوام قيام أي زيد وكذا في
شرح الرضى (قوله وفيه
نظير لانه استدلال بمفهوم
الغاية وهو ليس بحجة)

فامطادوا وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حربا ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله
عنه اذا ارسلت كلبك الملعون وذكرت اسم الله عليه فكل وان كل منه فلا تاكل لانه انما أمسك على نفسه وان
شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره وعلى اباحته انعقد
الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكليف
فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في
الاصطياد بالرى

هذه الشروط في النهاية غاية البيان أيضا نقل عن الخلاصة تؤذ كرها صاحب العناية أيضا وقال كذا في
النهاية منسوبا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت
بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله حرما انتهى أقول لا استدراك فيه لان الشرط
الذي أريد بقوله وأن يقتله حرما ليس بمجرد قتله بل قتله حرما والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يصلح
أكله حينئذ كما يستق عليه وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه ليس بمجرد
موته بل موته قبل أن يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل الى ذبحه لم يحصل أكله ان لم يذبحه
المرسل كما استعرفه أيضا ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب حرما لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بمجرد
الكلب قبل أن يصل المرسل الى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب حرما بعد أن يصل المرسل الى ذبحه فحينئذ لا يصلح
أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة
حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب لا غير على أنه لو اتفق بعضه لم يحرم كذا واشتغل
بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا السكت ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن
يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد الممض وهو الذي لم يدر كذا الصيد حيا بل ما
يجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرى وصار مذبوخا بالذبح الاضطرابي وما أدركه حيا فذبحه لا يكون
صيدا محظورا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض
الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب حيث قال فيه تسامح بل
شرط حل الصيد أقول الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد لا كل
هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيقول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عهدها
تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبيح بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية
من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فإنه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب
العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب وليكن فيه آلة غير
فليتأمل انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام
قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل
نوع مخصوص من أنواع الصيد وتترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة دائمة اليه (قوله وقوله عز وجل
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حربا) مسددا الحرمان الى غاية ما تقتضيه الاباحه في ما وراء تلك الغاية كذا

درجات الامر الاباحه والسنة قوله عليه السلام الصيدان أخذ في هذا بيان أن الاصطياد مباح مشروع لان
المالك حكم مشروع وفيه يكون مشروع وعاد يستوى ان كان الصيدا كولا للحم أو غير ما كولا للحم لمافي
اصطفايه من تحصيل منفعة لمداه وأشعره أو دفع آذاه عن الناس (قوله وانتفاع بما هو مخلوق لذلك) أي بالصيد
الذي هو مخلوق للانتفاع (قوله وتمكينه من اقامة التكليف) كان ينبغي أن يكون واجبا كوجوب
التكليف لكن كونه غير متعين أوجب الاباحه بخلاف الخروج من الصلاة فانه متعين لانه وسيلة لا اقامة
فرض آخر فكان واجبا (قوله ما يحويه الكتاب) أي كتاب الاصطياد أحدهما في الصيد بالجوارح

*** (فصل في الجوارح) *** قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جاد والفاضل تقدم على المفضول قال (ويجوز الاصطيد بالسكب المعلم (٤٤) المعلم الخ) يجوز الاصطيد بالسكب المعلم والقهد المعلم والباري المعلم وسائر الجوارح المعلمة

*** (فصل في الجوارح) *** قال (ويجوز الاصطيد بالسكب المعلم والقهد والباري وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذئب مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الآن تدرك ذكاته)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظرا لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه اقول لان سلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدديان الخاص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربون حتى يطهرون

*** (فصل في الجوارح) *** قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جاد ولحيوان فضل على الجاد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذئب مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الآن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخالب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ور رواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا اه اقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا السكب وغيره بان تخصيص الشيء بالذكري في الروايات يدل على نفي الحكم بمعامده بالاتفاق فرواية القدوري أيضا تدل على اثبات جواز الاصطيد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بفهومها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بنطوقها على الاثبات والنفي معا لكن لا يظهر حينئذ في ايراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كالا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت اباحة الاصطيد بالسكب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يسير ظنيافتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى اقول فيه نظرا لان الخنزير بخصوص من النص المذكور باهقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار اليه المصنف بقوله فيما بعد والخنزير برسمه حتى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والذئب فليس باذنين رأسا في النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والذئب لا يباح لانهما لا يعلمان للغير فلم يدخلنا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولا فاذا لم يدخل في النص

كالسكاب والقهود والصقور والبراة والثاني في الاصطيد بالرمي والله أعلم بالصواب *** (فصل في الجوارح) *** اعلم ان حل تناول الاصطيد يختص بشرائط منها ان يكون الصائد من أهل الذكاة وذابان يعقل الذبح والتسمية حتى لا يؤكل صيده الهبي والمجنون اذا لم يعقلا الذبح والتسمية وان يكون له ملة اتوجه بدعوى واعتقادا كالمسلم أو دعوى لا اعتقادا كالنكابي كما مر في الذبايح وان يكون ما يصطد به معلما وان يكون جازا لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح (قوله وسائر الجوارح المعلمة) كالخنزير والصقور والشاهين (قوله فلا بأس بصيده) انما ذكر بلفظ لا بأس لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض كالذئب والخنزير وغير ذلك والنص اذا خص منه البعض يكون الباقي منه دون خبر الواحد فيكون ظنيا فتمكن فيه الشبهة فلذلك قال لا بأس به (قوله ولا خير فيما سوى ذلك الآن تدرك ذكاته)

وهذا بعمومه يقتناول الاسد والذئب والذئب والخنزير لكن الخنزير ليس كونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه والباقي ان أمكن تعلمها جاز الاصطيد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعلم الاسد والذئب لان من غادتها أممها اذا أمسكا صيده الا بالكلية في الحال والتعلم انما يتحقق بتلك الاكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو يعلم لان التعليم لان يسلك للغير والاسد لعلو دمه لا يفعل ذلك والذئب نجاسة ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحد آفة بالذئب لعنفه النجاسة وانما أورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخالب فان رواية القدوري رحمه الله تدل على الاثبات لا غير ور رواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا (والاصل في ذلك) أي في جواز الاصطيد بالذئب كور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكابين وذلك

أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمته للجمهور المعلوم من

قوله لغير المحرم ويثبت جوازه لغير المحرم بأباحتها الأصلية وقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا انتهى ولا اصل وفيه بحث اذا السكاب في حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالاباحة الأصلية لم يحتج الى الدليل وذلك لان الاصل في الحل بالذبح هو الاختيار والاضطرار على خلاف الاصل *** (فصل في الجوارح) *** (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) اقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

لانه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيما علمتم وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك اذالم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرعية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى والجوارح (٤٥) الكواصب من سباع البهائم والطيور كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقور والبازي والشاهين وغيرهم قال

الله تعالى أم حسب الذين جترحوا السيئات أناس قال في ناول لانه في ناول آخر هي التي تجرح من الجراحة والمسكين بمعنى المسكين فيناول السك بعومه ولكن لما كان التأديب غالباً الكلاب اشتق من لفظه وفيه إشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رضى الله عنهم أنه لا يجوز الاصطياد إلا بالسكبتة استدرك لفظ مكين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التناول بعومه حديث عدي بن حاتم

(قوله لانه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لانه معطوف على الطيبات (قوله وصي ما علمتم) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلوا مما أمسكن فليعلمهم (قوله وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم) أقول ليس ذلك من القرآن في النظم لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرعية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى انتهى أقول في تغريع قوله فالجمل عليه أولى لان الاعتراض المذكور لا رد على معنى الآية بالنفس بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى أن تعين معنى الآية أدركت أحدهما بما لا يتوقف على تمام الاستدلال به بل الأمر بالعكس فبمعنى تغريع قوله فالجمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواصب قال في ناول والمسكين المسكين فيناول السك بعومه دل عليه مارويينام حديث عدي) قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التناول بعومه حديث عدي بن

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكين والجوارح الكواصب قال في ناول المسكين المسكين فيناول السك بعومه دل عليه مارويينام حديث عدي

المذكور لم يكون مختصاً بغيره ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصاً بالنص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيماً اذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي يخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيماً اذا كان المخرج موصولاً بذلك وأما اذالم يكن موصولاً به فيكون قطعياً الباقى ويطابق على مثل هذا الإخراج في عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيماً لا محالة تبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكين) وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك اذالم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره فاستدرك جوابه كاستدلاله فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة فقرر في علم النحو بآراء تباين في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بانكاراً لشل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتضى المقارنة في الحكم أيضاً فبما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارناله لا يحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخل تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاماً مستقلاً مسوقاً لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرعية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى انتهى أقول في تغريع قوله فالجمل عليه أولى لان الاعتراض المذكور لا رد على معنى الآية بالنفس بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى أن تعين معنى الآية أدركت أحدهما بما لا يتوقف على تمام الاستدلال به بل الأمر بالعكس فبمعنى تغريع قوله فالجمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواصب قال في ناول والمسكين المسكين فيناول السك بعومه دل عليه مارويينام حديث عدي) قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التناول بعومه حديث عدي بن

فتد كيه) يريد به اذا أخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه اذا قتله الآن تدل ذلك كانه والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح أى وصيما علمتم من الجوارح وهو عطف على الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيما علمتم من الجوارح وفي معنى الجوارح قولان أحدهما أن يكون جارحاً حقيقياً بناءً أو تخلياً فيكون من

المضاف فيشتركان في حكم الاحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالباً الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة الى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد فانه ليناو الجوارح الطيور فالمراد بالسكبتة في قوله في الكلاب ما يعي كل سبع عقور ذي ناب فليتنامل (قال المصنف دل عليه مارويينام حديث عدي) أقول لكن لادلاله في نفسه على عومه جوارح الطيور بخلاف الآية

وقال واسم السكاب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه اللهم ساط عليه كلبان كلابك فافترسه
الاسد وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله في تناول السكاب بعومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوف عادة) قيل فيه نظر لان هذا
الفرق لا يتأتى في العهد والفرقانه (٤٦) متوحش كالباري ثم الحكة فيه وفي السكاب سواء فالعقد هو الاول وليس بوار دلالة انما

ذكره فرقا بين السكاب
والباري لا غير وذلك صحيح
واذا أريد الفرق عموما
فالعقد هو الاول

(قوله قيل فيه نظر) أقول
القائل صاحب النهاية
وصاحب الكفاية وصاحب
مراج الدراية (قوله وليس
بوار دلالة انما ذكره فرقا بين
الباري والسكاب) أقول
لا يخفى عليك ما في ذكره
من البعد والركاكة فان
كلام الدليلين لا يثبت الفرق
بين السكاب والباري واذا
عم السكاب في الاول لسانه
ذوات الناب ففي الثاني
يكون كذلك ولعل الاولى
أن يجاب بأنه لما كانت
ذوات الناب كلها جنسا
واحدا وكان أكثر ما يستعمل
منها في الصيد ألوف فمع أن
في طبع غيره الالف أيضا
على ما تراءى في الذئب والاسد
وغيرهما اذ اربى من صفه
في البيت بخلاف جوارح
الطيور وجعل السكاب في حكم
واحد في التعليل يعني
أدرك حكم التعليل على جنس
السكاب تيسيرا لكافي نظائره
فلستأمل (قال المصنف
ولان بدن البارز لا يحتمل
الضرب) أقول يعني
لا يمكن تعليمه بترك الاكل
الا بالضرب حالة الاكل

رضى الله عنه واسم السكاب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الاسد
والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد له لوهمة والدب لحساسة وألحق بهما بعضهم الحدأة لحساستهما
وانتخز بر مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونان من النص ينطق باشتراط
التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عا لاله فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال
(تعليم السكاب أن يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البارز أن يرجع ويحبب اذا دعوته) وهو ما نورد عن ابن
عباس رضي الله عنهما ولان بدن البارز لا يحتمل الضرب وبدن السكاب يحتمل فيضرب ليركه ولان آية
التعليم ترك ما هو مألوف عادة والبارز متوحش متنفذ فكانت الاجابة آية تعليمه وأما السكاب فهو ألوف يعتاد
الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما هو مألوف وهو الاكل والاستلاب

خاتم أقول لاصحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تاويل دون صحة
تاويل آخر اذ لا تنافي بين التاويلين كما سيحكي في السكاب وأيضا عموم حديث عدى لا ينافي التاويل الآخر
وهو أن يكون الجوارح هي التي تخرج من الجراحة بل يوافقها أيضا فسامعني الاستدلال بعومه على صحة تاويل
دون آخره فاطاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما روي من حديث عدى انما هو الاستدلال على تناول مافي
الآية السكاب بحديث عدى بن حاتم فالمعنى دل على تناول السكاب ما روي من حديث عدى وبينه بقوله واسم
السكاب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعي جواز الاصطيد
بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذو مخالب من الطير فالمراد بالتناول في قوله في تناول السكاب بعومه انما
هو تناول السكاب لمدعي ولا يخفى أن حديث عدى لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول
جوارح السباع على تقدير أن يراد بالسكاب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان
ما تلونان النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلونه من الآيات
ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال محالا كلام فيه وأما كون ما تلونه من الآيات
ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعي ههنا باشتراط الارسال
أيضا فليس بظاهر وانما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة
الشرعية كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوف عادة والبارز متوحش متنفذ فكانت الاجابة
آية تعليمه وأما السكاب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما هو مألوف وهو الاكل والاستلاب)

الجرح بمعنى الجراحه الثاني السكاب كقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أي كسبتم ويمكن حله عليه
فيشترط أن يكون من الكواكب التي تخرج لتعمل بالجرح فيقرب من السكاب مؤدب السكاب ومعلمها ثم عم
في كل من أدب جراحة بهيمة كانت أو طائرا ومعنى قوله مكبين معلمين أيها السيد أي الامساك لصاحبها
يعلمون أي يؤدبون اطلب السيدو يعلمون حال نانية أو استئناف بماعلمكم الله من علم السكاب
(قوله لانهم لا يعملان لغيرهما) وفي الايضاح اما عدم جواز الاصطيد بالاسد والدب فله عدم تصور تعليمهما
لان من عادتهما أن يمسكاهما فلا يبالا كالانه في الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل ولو تصور
التعليم منهما جاز وأما الخنزير فلا يجوز الاصطيد به لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما (قوله لان
ما تلونان النص ينطق باشتراط التعليم) وهو قوله تعالى وما علمتم من الجوارح والحديث به أي بالتعليم
وبالارسال وهو حديث عدى بن حاتم اذا أرسلت كلبك المعلم (قوله والبارز متوحش متنفذ) فكانت

وجئته لا يحتمل الضرب فاما جنة السكاب فتعلمه (قال المصنف فيضرب ليركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصيرورة
السكاب معلم انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوف عادة فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في انتمام الاول فيغوث استقلاله فلنابل يثبت ذلك
بقوله تعالى فسكوا عما أمسكن أي لم يكن اذ يعلم منه أن ترك الاكل شرط في حل كل الصيد فلا تمس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ لا

ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن فيما دونه من زيادة الاحتمال فلهذا تركه مرة أو مرتين شبهة فاذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلء الاعذار كافي مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولأن الكثير هو الذي يقع أمانة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقد رجموا عند أبي حنيفة على ما ذكر في الأصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لأن المقادير لا تعرف اجتهدا بل نصوصا وأعمالا سمع فيفوض إلى رأي الميتلي به كما هو أصله في جنسها وعلى الرواية الأولى عند من يحمل المصطادة والثالث وعند من لا يحمل لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالصنف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معاملة بخلاف ثلث المسئلة لأن الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال (واذا أرسل كلبه المعلم أو بآز به وذكر اسم الله تعالى عنده أرسله فأخذ الصيد وجره فمات حل أكله) لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولأن السكبان أو البازي آله والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالأسس بحال وذلك فيها بالارسل فنزل منزلة الرمي وأمر السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه ووجه متروك التسمية عامد في الذبايح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرازي وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بالنسب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال

قال صاحب النهاية يتوكلن هذا الفرق لا يتأتى في العهد والتمرفاته متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي السكبان سواء فالعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وتوزعم صاحب العناية أنه ليس لو راد حيث قال قيل فيه نظر لأن هذا الفرق لا يتأتى في العهد والتمرفاته متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي السكبان سواء فالعتمد هو الاول وليس لو راد لانه انما ذكره قربا بين السكبان والبازي لا غير وذلك صحيح وإذا أراد الفرق عموما فالعتمد هو الاول إلى هنا لفظه أقول ما قاله عذر باردون وجبه كاسد لان اسم السكبان في اللغة يقع على كل سبع كاذ كرم المصنف فيما مر نقلا والظاهر أن المراد بالسكبان في المدعى هنا هو المعنى العام لكل سبع لا السكبان المخصوص ولا يلزم أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالعتمد هو الاول كما

الاجابة آية تعليمه أما السكبان فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الأكل والاستلاب وهذا الفرق لا يتأتى في العهد والتمرفاته متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي السكبان سواء فالعتمد هو الاول كذا في المبسوط (قوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا) وهذا عندهما هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لكن بين هذه الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله عليه وبين قولهما فرق في قولهما انما يصير معلما اذا صاد ثلاثا ولم يأكل منها فيحل حينئذ الصيد الرابع وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله على تلك الرواية يؤكل كل الصيد الثالث على ما يجي في السكبان (قوله وفي بعض قصص الاخبار) وفي المبسوط فقد راد ذلك بالثلاث لانه حسن للاختبار والأصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا فرأى بيني وبينك وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلاثة أيام للاختبار وقال عليه السلام اذا استاذن أحدكم ثلاثا فامض يؤذنه فليبرج مع وقال عروضي الله عنه اذا لم يرج أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول إلى غيرها (قوله كما هو أصله في جنسها) أي أصل أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب في نزع ماء البئر المعينة (قوله وله أنه آية تعليمه عنده) أي ان ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه فاذا حكمنا بأنه مسلم وقد أخذ بعد ارسال صاحبه فيحل كذا في المبسوط (قوله أو بآز به) أي باز به المعلم ترك صفة التعليم في البازي اكتفاء كافي قوله تعالى وبث منهم أربالا كثيرا ونساء أي نساء كثيرة (قوله بالنسب ما وجد من البدن إلى الله) وهو الجرح

وقوله (وفي بعض قصص الاخبار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال في السكرة الثالثة هذا فرأى بيني وبينك وقوله (كما هو أصله في جنسها) أي أصل أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب في نزع ماء البئر المعينة وقوله (وله أنه آية تعليمه عنده) أي أن ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا بأنه مسلم بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله (فظاهر الرواية) يريد رواية الزيادات فانه قال لو قتل السكبان أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل وأشار في الأصل إلى أنه يحمل والغتوى على ظاهر الرواية

دلالة فيه على كون الامساك شرطا للتعليم كما لا يخفى على المتأمل والالتم في الطبر (قال المصنف كافي مدة الخيار) أقول لا ينهض هذا على مذهبهما

وقوله (في تاويل) يعني غير ما أولناه أو لا وهو قوله والجوارح الكواسب في تاويل وذلك ما يكون جارحاً حقيقة ببناءه ومخلبه فيعمل على الجراح الكاسب يعني يجمع في الآيتين التأويلين لعدم التناقض بينهما وذلك لأن الأصل أن النص إذا ورد وفيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تناف يحمّل على أحدهما بدليل (٤٨) بوجوب الترجيح وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يبشّر إلى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيعمل على الجراح الكاسب ببناءه ومخلبه ولا تنافي وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف أنه لا يشترط

ذكر في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركابة قال ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنساً واحداً وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد أو الفاع أن في طبع غيره آلاف أيضاً على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما إذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل السكل في حكم واحد في التعليم يعني أدرج في التعليم على جنس الكلب تدبيراً كما في نظائره فليتأمل اه أقول ليس هذا أيضاً بسد يد بعد ما تقر بأن الفهم والتدبر مما لا يتأتى فيه الآلاف بل هما متوحشان كالباري لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم اذ ذلك أن يحمل المتوحش على الآلاف وهو غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الأول أيضاً وهو أنه قد ذكر في عامة المعتبرات أن شمس الأئمة السرخسي قال ناقلاً عن شيخه شمس الأئمة الحلواني للفهد خصال ينبغي السكل عاقل أن يأخذ ذلك منه وعدم منها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيستعلم بذلك فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيأ في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البارز والكلب في التعليل الأول هو أن بدن البارز لا يتحمل الضرب وبدن الكلب يحمله فبرده عليه أن مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذهو غير مؤثر في حق تعليمه فتمثل (قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يبشّر إلى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيعمل على الجراح الكاسب ببناءه ومخلبه ولا تنافي وفيه أخذ باليقين) وذلك لأن النص إذا ورد وفيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل بوجوب ترجيحهما لا الجميع وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى ولا يحمل لهن أن يكن ما خلق الله في أرحامهن قبل أريده الجبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فاقول على ما قالوا يلزم عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر والمشارك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ إلى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمّل على الجراح الكاسب ببناءه ومخلبه أنه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلاهما كما يحتمل النص المذكور من التأويلين لعدم التناقض بينهما وفيه أخذ بالمتيقن اذ هو جد في المجموع كل واحد منهما ما وافى منها براد في النظم الشريف كان ما خوذ في الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلا التأويلين يرادان معاً بلغة النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لزعمه أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيعمل

فنسب ذلك إلى الصائد بسبب استعماله إياه فتتحقق المذكورة الاضطرارية (قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يبشّر إلى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل) أي في تاويل سوى التأويل الأول الذي ذكر قبل هذه الصفحة بقوله والجوارح الكواسب في تاويل (قوله ولا تنافي) أي بين

ولا يحمل لهن أن يكن ما خلق الله في أرحامهن قبل أريده الجبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي ههنا وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر والمشارك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله (وفيه) أي في الجراح الكاسب أخذ باليقين وقوله (رجوعاً إلى) يعني التأويل الأول يعني ما سبق من الكواسب

(قوله وفيه نظر) أقول سبق إلى هذا النظر نظر الاتقاني (قوله والجرح التي) أقول الظاهر أن يقال والجرح الذي (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا) الخ أقول ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجراح الكاسب على المجاز ما على طريقة ذكر النسب وأرادة السبب فيكون المراد اشتراط الجرح

والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الجرح على الجرح المستلزم للكسب بالجل على كلا المعنيين فيه ثم اتى الثاني للأول ثم يشتق منه الفعل ولا يخفى عليه أولاً بقوله على الجرح من الجل على الكسب لا نطواء الأول على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بينهما معني المشترك في هذه الصورة كما يجوز في النفي على ما سيجي في الوصايا وعلل ههنا لعدم المناقاة أيضاً

رجوعاً

رجوعاً إلى التاويل الاول وجوابه ما قلنا قال (فإن أكل منه الكب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو يؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكب منه (ولو أنه صاد صيداً ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لأنه علامة للجهل

على الجوارح الكب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التاويلين كمنهت عليه آنفاً قال صاحب معراج الدراية ههنا فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المستترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكواصب أو مجازاً قلنا كذلك بل الجوارح أخص من الكواصب فلو كان المراد بالكواصب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه ليس بسديد لأن كون الجوارح أخص من الكواصب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال إذ لا شك أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم ولا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البعالم ولا ريب أن اللفظ الواحد لا يطابق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أجدهم المحذورين المذكورين في السؤال قطعاً على تقدير إرادتهم ما معاً من إلفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي) أقول في كلامه هذا كما كتبت أن خبره في قوله وهو مؤيد بأن كان راجعاً إلى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب خبره رد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلاً فإنه إنما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكب ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي وأفاد الفرق إنما تكون بالدلالة عليهم ما عاون كان راجعاً إلى مضمون قوله فإن أكل منه الكب أو الفهد لم يؤكل كل كان حق قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي أن يؤكل من عقيب قوله فإن أكل منه الكب أو الفهد لم يؤكل يؤيد ما بيناهما قوله وإن أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلنا لا يخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكب منه) فإن قيل روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكب كل وإن أكل منه وذلك دليل واضح لهما أوجب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فسكوا مما أمسكن عليكم فإن الامساك عليهم أن لا يأكل كل منه دل أنه أمسك على نفسه يؤيد قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي فإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذنا من النهاية أقول بردي هذا الجواب أن قوله تعالى فسكوا مما أمسكن عليكم إنما يدل على إباحة أكل ما لم يأكل منه الكب ولا يدل على عدم إباحة كل ما أكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرفت في علم الأصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فسكوا مما أمسكن عليكم حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لأن مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه أيضاً لأن من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضاً والحق عند عدي في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث أبي ثعلبة لأن حديثه يحمل ما أكل منه الكب وحديث عدي يحرمه وقد عرفت في أصول الفقه أن المحرم يرجح على المباح عند التعارض فيجعل ناسخه

التاويلين وفيه أخذ باليقين أي في الجمع بينهما أخذ باليقين وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما اتئاف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه وإن لم يكن بينهما اتئاف يثبت الجمع أخذاً باليقين كذا ذكره في الإسلام رحمه الله في الخيض في قوله تعالى ولا يحمل لهن أن يكن من ما خلق الله في أرحامهن قيل أراده الحمل وقيل الخيض والصحيح أنهم امرأان لأنه لا تنافي بينهما فكذا هنا لا تنافي بين الكسب والجراحة (قوله وجوابه ما قلنا) أراد به قوله ولا تنافي وفيه أخذ باليقين

وقوله (وجوابه ما قلنا) يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه أخذ باليقين وقوله (وهو حجة على مالك والشافعي رحمه الله في قوله القديم في إباحة ما أكل الكب منه) يعني حديث عدي رضي الله عنه فإن قيل روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أنه عليه السلام قال له في صيد الكب كل وإن أكل منه وذلك دليل (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيداً لوجه أخرى لعدم دفاته بنهاج المدعي

واضح لهما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أسكن على أنفسكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه يدل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله (٥٠) عليه السلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تاكل لانه انما أمسك على نفسه وقوله (على

ولا ما يصيده بعده حتى يصير مع لمسا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيد التي أخذها من قبل فبأكل كل منها لا تظهر الحرمة فيه لانه عدم المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المغازاة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما حرزه قد مضى الحكم فيه بالا جتهاد فلا ينقض با جتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدان وجه لعدم الاحراز فخر مناه احتياط اوله أنه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك

فوجب العمل بحديث عدي دون حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير مع لمسا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ أقول نفسه مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير رواية عند أبي حنيفة وهى حمل ما اصطاده ثالثا رواية عند أبي يوسف ومحمد وهى عدم حمل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذکور فاصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ تحقق الروايات وتنظم صيغة الجمع كما لا يخفى (قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر مما ذكره بهر هذا بقوله ولان فيما حرزه الخ أن يكون المذکور ههنا دلالة على ما لا يملكه عليه أنه لو لم يدل على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المغازاة أيضا لجرى بان هذا الدليل في ذلك أيضا مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما

(قوله كما بيناها في الابتداء) اراد به قوله وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات الى ان قال وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة ترجمه الله الى ان قال وعلى الرواية الاولى يحمل ما اصطاده ثالثا الى آخره (قوله وأما الصيد التي أخذها من قبل فبأكل كل منها لا تظهر الحرمة فيه لانه عدم المحلية) لان الحكم بالحرمة لا يتصور الا في محل قائم وقد فات المحل بالاكل (قوله بان كان في المغازاة بعد) وأما ما باع المالك ما قدره عن صيدوه فلا شك ان على قوله ما لا ينقض البيع فيه وأما على قول أبي حنيفة ترجمه الله ينبغي أن ينقض البيع اذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلا (قوله بان كان في المغازاة بعد) يعني لم يأخذ الصائد والحاصل ان على قوله ما يحكم بجهله مقصودا على وقت الأكل وعند أبي حنيفة ترجمه الله مستندا (قوله أمضى الحكم فيه بالاجتهاد) يعني انما حكمنا باباحة المحر من الصيد بالاجتهاد لان الأكل يحتمل أن يكون للعالم ويحتمل أن يكون للشبع فصار اباحة لمحرز بالاجتهاد فلو نقض نقض بالاجتهاد لان الأكل أيضا يحتمل أن يكون عن جهل في الاصل ويحتمل أن يكون أشد الجوع أو لانه نسي الآن والاصل ان ما مضى بالاجتهاد لا ينقض با جتهاد مثله لان المقصود قد حصل الآن ولكنه يعمل به في المستقبل كما في سائر المجتهدين بخلاف ما لم يحرزه لان الاباحة غير محكوم بها بعد من كل وجه لانها انما تحكم بها اذا خرج من الصيد يمين كل وجه وشئ من معناها باي فيه وهو أنه في المغازاة بعد ونقول اباحة الأكل انما تثبت وقت الاكل اعدم الحاجة قبل ذلك وقت الاكل بعد الاحراز لان غير المحرز لا يؤكل فان قيل الصيد اسم للمتوحيش والمتوحيش المتفرغ ولم يبق من هذا المعنى شئ قلنا سبق ما يلزم وهو عدم الاحراز على اننا نقول المتفرغ والتوحيش ليس يلزم للصيد فان البيضة صيد باعتبار ما له مع انعدام هذا المعنى فيه فلان يكون هذا صيدا باعتبار ما كان بالطريق الاولى (قوله

اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء) أراد ما ذكر أنه يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ وقوله (وأما الصيد التي أخذها من قبل) واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أباحت حرفة يحكم بجهله مستندا

وهما يقولان بالاقتصار على ما ذكر لان ما حرزه المالك حكم باباحته با جتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض با جتهاد آخر مثله بعده والحدود ما قال وتبديل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض با جتهاد آخر كتبديل اجتهاد القاضي

قبل القضاء وما قال أبو حنيفة أقرب الى الاحتياط وعليه مبني الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيان صيدوه المقدرة والحكم فيه كالذي فيه الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب وقوله

(قوله أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أسكن على أنفسكم فان الامساك الخ) أقول فيه بحث فانه لا دلالة في الآية على النهي عن الأكل على تقدير انتفاء الامساك ومفهوم الخالفة غير معتبر فان المغازاة والمنطوق

أقوى عند المعتبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ما ذكر أنه يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول فيه بحث بل الظاهر أن المراد بثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم وفي رواية أخرى موافقا لذهبهم بما ثبت به بترك الأكل ثلاث مرات (قال المصنف لان الحرمة لا ينسى أصلها) أقول فيه بحث

الاكل

الاكل للشيء لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كبتدل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو ان صقرا من صاحب فمكت حينئذ صيده) لانه ترك ما صار به عالمافهم بجعله كالكاب اذا اكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له (ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة واقطعها اليه فاكلها يؤول كل ما بقي) لانه لم يبق صيد اقصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افرس شانه بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيد به (ولو نهم من الصيد فقطع سنه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤول كل) لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد (ولو القى ما نهمه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤول كل الصيد) لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطيد فكان جاهلا بمسك نفسه ولان نهم

(ولو ان صقرا من صاحب فمكت حينئذ صاده) يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يؤول كل وأما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة مصادره لا تنفاه الارسال ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وطواب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه وأكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في خلاصة صاحبه سواء وأما في خلاصة صاحبه سواء وأما اذا اكل قبل الاخذ فقد كان ممسكا على نفسه

صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله) وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افرس شانه) قال صاحب العناية وطوبى بالفرق بين ما وثب فانه من صاحبه وأكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في خلاصة صاحبه سواء وأما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقص ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من انه ما اكل من الصيد بما اذا اكل بعد اقبل فان ذلك التعليل متمش في صورة القتل ايضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه يخرج ايضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين معاً انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا اكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن ياخذ الصائد حيث لا يؤول كل وفي هذه الصورة وهي ما اكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤول كل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما اكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افرقتنا في الحكم والوجه فيه هو ان الفرق انما ينشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لم يمسك بالكل من الصيد الى أن اخذه صاحبه قد تم امساكه على صاحبه وههنا لم يمسك بالكل من الصيد بعد قتله قبل أن ياخذ صاحبه علم انه انما امسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معيلا انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افرقهما في الحكم وبين وجه آخر فالقاعدة هي ما وعنده أوجه لكونه المانع ورود

وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود) لانه بالاكل وتحقيقه أن حكم الاباحة في المحرز انما يثبت عند الاكل لانها مبنيصة على كون الكلب معلما وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قاله كان وهما واحتمالا والموهوم يعتبر عند الضرورة وذلك عند الاكل فلم تكن الاباحة ثابتة قبله فلما اعتبر هذا الاجتهاد لا يؤدي الى ابطال حكم أمضى بالاجتهاد وباجتهاده مثله بل يؤدي الى المنع فصار كظهور راجح اذ آخرا القاضي قبل القضاء (قوله) ولو ان صقرا من صاحب فمكت حينئذ صاده) يعني بعد ما رجع الى صاحبه فلم يجبه ثم صاد أي ثم عاد الى صاحبه فصاد لا يؤول كل صيده ومصاده قبل الرجوع الى صاحبه فلا شبهة في أنه لا يؤول كل لعدم الارسال (قوله) لانه لم يبق صيدا) لان الصيد اسم للمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل وزال عدم احرازه بالاحراز فالحقق بسائر طعمته وأكله من سائر طعمته لا يدل على جهله فههنا كذلك (قوله) بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحزره المالك) لانه

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حية فلا يحل الأبد كاه الاختيار ردا إلى المتردية على ما ذكره أن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوفة والذي يقر الذئب بطنه وفيه حية خفية أو بيضة وعاليه الفتوى لقوله تعالى أما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد بن علي بن عيسى فوق ما يعيش المذبح يحل والأفلا لانه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه) فان كان في وقت لو أخذ أمكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم الموقوفة وعليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لان السد لم تثبت به والناسك من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لانه ان كان

والسهم زيادة من المصنف فاقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عند أبي حنيفة وكذا البازي فظاهر لان قول القدروري وان أدرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازي بل لوجهه وأما قوله والسهم فلان حكمه مسألة السهم سيجي في باب الرمي مفصلا لا يري إلى قوله ههنا (اذ سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه) انتهى فلا حاجة إلى بيانه ههنا (قوله وقال محمد بن علي بن عيسى فوق ما يعيش المذبح يحل والأفلا لانه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك إلى قوله لانه ميت حكما قول الحق ما قاله الشارح ان الاختيار لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر بتعليل لحكم أكل ماشق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كلهم ما سبق فيه اضطراب المذبح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا يعتبر به هذه الحياة لتعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمرهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه لتعليل لحل أكل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبح لا فوق ما بقي في المذبح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما يبقى في المذبح مالا يعيش فوق ما يعيش المذبح فتعلم الإشارة إليه ههنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم

المذبح لا الحياة المعتبرة وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو أنه إذا لم يتم كونه لا فإنه لم يؤكل لان التفصيل من قبله حيث لم يحمل آله الذكاه مع نفسه وان لم يتم كونه اضيق الوقت لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله يحل استحسانا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل اضيق الوقت فبقي ذكاه الاضطراب موجب للحل والاستحسان أخذ القاضي نضر الدين فاضحان رحمه الله (قوله ردا إلى المتردية) أي قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التي تقع في البراء وتسقط من الجبل ونحوه والجامع عدم نوعي الذكاه الاضطرابية والاختيارية وذلك في المتردية طاهر وكذلك فيما نحن فيه لانه لما وقع في يده حيا بطل الذكاه الاضطرابي ولم يوجد الذكاه الاختياري فصار نظير المتردية فلا يؤكل (قوله فلو انه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة رحمه الله) هذا ليس ليبيان الخلاف بل هذا البيان الاجماع لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالدكاه وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه بالذبح وقد وجد عندنا حل بالذبح (قوله وكذا المتردية والنطيحة والموقوفة إلى آخره) أي يحل عند أبي حنيفة رحمه الله عليه بالذكاه وعليه الفتوى أي على قول أبي حنيفة رحمه الله لقوله تعالى الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل بين ان يكون للمذبح حياة خفية أو بيضة (قوله على ما قررناه) أراد به قوله لان ما بقي اضطراب المذبح (قوله ولو أدركه ولم يأخذه) المسائل المتقدمة فيما إذا أدركه وما أخذه

أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكره حل لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حية فلا يحل الأبد كاه الاختيار ردا إلى المتردية على ما ذكره أن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوفة والذي يقر الذئب بطنه وفيه حية خفية أو بيضة وعاليه الفتوى لقوله تعالى أما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد بن علي بن عيسى فوق ما يعيش المذبح يحل والأفلا لانه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه) فان كان في وقت لو أخذ أمكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم الموقوفة وعليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لان السد لم تثبت به والناسك من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لانه ان كان

والسهم زيادة من المصنف فاقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عند أبي حنيفة وكذا البازي فظاهر لان قول القدروري وان أدرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازي بل لوجهه وأما قوله والسهم فلان حكمه مسألة السهم سيجي في باب الرمي مفصلا لا يري إلى قوله ههنا (اذ سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه) انتهى فلا حاجة إلى بيانه ههنا (قوله وقال محمد بن علي بن عيسى فوق ما يعيش المذبح يحل والأفلا لانه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك إلى قوله لانه ميت حكما قول الحق ما قاله الشارح ان الاختيار لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبح فلا يعتبر بتعليل لحكم أكل ماشق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كلهم ما سبق فيه اضطراب المذبح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا يعتبر به هذه الحياة لتعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمرهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه لتعليل لحل أكل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبح لا فوق ما بقي في المذبح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما يبقى في المذبح مالا يعيش فوق ما يعيش المذبح فتعلم الإشارة إليه ههنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم

المذبح لا الحياة المعتبرة وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو أنه إذا لم يتم كونه لا فإنه لم يؤكل لان التفصيل من قبله حيث لم يحمل آله الذكاه مع نفسه وان لم يتم كونه اضيق الوقت لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله يحل استحسانا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل اضيق الوقت فبقي ذكاه الاضطراب موجب للحل والاستحسان أخذ القاضي نضر الدين فاضحان رحمه الله (قوله ردا إلى المتردية) أي قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التي تقع في البراء وتسقط من الجبل ونحوه والجامع عدم نوعي الذكاه الاضطرابية والاختيارية وذلك في المتردية طاهر وكذلك فيما نحن فيه لانه لما وقع في يده حيا بطل الذكاه الاضطرابي ولم يوجد الذكاه الاختياري فصار نظير المتردية فلا يؤكل (قوله فلو انه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة رحمه الله) هذا ليس ليبيان الخلاف بل هذا البيان الاجماع لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالدكاه وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه بالذبح وقد وجد عندنا حل بالذبح (قوله وكذا المتردية والنطيحة والموقوفة إلى آخره) أي يحل عند أبي حنيفة رحمه الله عليه بالذكاه وعليه الفتوى أي على قول أبي حنيفة رحمه الله لقوله تعالى الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل بين ان يكون للمذبح حياة خفية أو بيضة (قوله على ما قررناه) أراد به قوله لان ما بقي اضطراب المذبح (قوله ولو أدركه ولم يأخذه) المسائل المتقدمة فيما إذا أدركه وما أخذه

فيه حياة مستقرة فالذ كاه وقت موقه بالاجاع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله
ذ كاه الذبح على ماذ كراهه وقد وجدوا عند هذا الاحتياج الى الذبح (واذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ
غيره حل) وقال مالك لا يحل لأنه أخذ به غير إرسال إذا أرسل شخص بالمشاورة ولنا أنه شرط غير مغد لان
مقصوده حصول الصيد إذا لا يقدر على الوفاء به إلا بمكنة تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله
على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الأرسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية واحدة) لان الذبح يقع
بالأرسال على ما بيناه ولهذا اشترط التسمية عند الفعل والفعل واحد في كفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين
بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أصبح احدهما فوق
الأخرى وذبحهما بمرة واحدة لتحل بتسمية واحدة (ومن أرسل فهذا فكمن حتى يسمي يمكن ثم أخذ الصيد
فقتله يؤكل) لان مكنته ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الأرسال (وكذا الكلب إذا اعتاد عاقبة
ولو أخذ الكلب صيداً فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أو كلاً جيعاً) لان الأرسال قائم لم ينقطع وهو
بمنزلة مالو روى سهماً الى صيداً فاصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول فقتل عليه طويلاً من النهار ثم مر به صيد آخر
فقتله لا يؤكل الشاة) لانقطاع الأرسال بمكنة لا يمكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة بخلاف
ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا إذا لم يمكث
زماناً طويلاً لا استراحة وإنما يمكث ساعة للتسكين ما بيناه في الكلب (ولو أن بازياً يعلم أخذ صيداً فقتله
ولا يدري أرسله انسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك في الأرسال ولا ثبت الإباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب
ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن
أبي حنيفة أنه إذا كسر عضو فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن
المعتبر جرح ينفض سبب الانه والدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبهه الخنق قال (وان شاركه كلب غير معلم
أو كلب مجوسى أو كلب لم يذ كراسم الله عليه بر يذبه بعد الم يؤكل) لما روى في حديث عدى رضى الله عنه
ولانه اجتمع المبيع والمحرم فيغلب جهة الحرم فصا وأحتياطاً (ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرحه معه ومات
بجرح الاول يكره أكله) لوجود المشاركة في الأخذ وفقد هاهنا في الجرح وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسى بنفسه
حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى الكلبين
لوجود المجانسة (ولو لم يرد الكلب الثانى على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله

(قوله وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذ كاه الذبح) على ما ذكرناه وهو قوله لانه وقع
في يده حياة (قوله لان مقصوده حصول الصيد إذا لا يقدر على الوفاء به) أى لا يقدر الكلب على الوفاء بأخذ العين
إذا لم يكن تعلمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره لان ما لا بدخل تحت القدرة سقط اعتباراه كما قلنا في البازي
انه سقط اعتبار ترك الكل لاستحالة تعليمه ولا يقال جازان يكون مقصوده المعين لاننا نقول لو كان مقصوده
المعين كان باعتبار انه صيد لا باعتبار أنه هو (قوله لان الذبح يقع بالأرسال على ما بيناه) أى في أوائل كتاب
الذباغ حيث قال وفي الصيد عند الأرسال والرمى (قوله بخلاف ذبح الشاتين) أى على التعاقب بتسمية واحدة
(قوله وكذا الكلب إذا اعتاد عاقبة) أى عادة العهد (قوله بخلاف ما تقدم) وهو قوله فكمن حتى
يتمكن (قوله ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء الى آخره) من عادة البازي انه يقع على شيء وينظر
الى صيده الشاة من الجانب الذى يتمكن من اخذه فهو بمنزلة كمين العهد فلا ينقطع به فور الأرسال (قوله
فيغلب جهة الحرم نصاً) أى بالنص وهو قوله عليه السلام ما أجمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب
الحرام الحلال أو احتياطاً لان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط فى الترك (قوله
ولو رده عليه الكلب الثانى) أى ولو ردا الكلب الثانى الصيد على الكلب الاول يعنى اذا كان الصيد يفر
من الكلب الاول فاستقبله كلب آخر غير معلم فردته حتى اخذه الكلب الاول يكره أكله قيل كراهة تنزيه
وقيل كراهة تنجيس وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني فالجواب ان ههنا فصول ثلاثة فى الاول الحرمة وهو فيما

يريد أن المسائل المتقدمة
كانت فيما أخذ الصائد
وههنا أدركه ولم يأخذه
وقوله (على ما ذكرناه)
إشارة الى قوله لانه وقع فى
يده حياة قوله (واذا أرسل كلبه
المعلم على صيد) يعنى
صيداً معيناً فأخذه غيره
حل) يعنى مادام فى وجه
أرساله وقوله (ولنا أنه)
أى شرط التعيين (شرط
غير مغد لان مقصوده
حصول الصيد) والجبيع
بالنسبة الى هذا المقصد
سواء كان قيسل قديكون
مقصوده صيداً معيناً أو
بأنه معتذر إذا لا يقدر الصائد
أو الكلب على الوفاء بذلك
حيث لا يمكن تعليمه على
وجه يأخذ ما عينه فسقط
اعتباره وقوله (على ما بيناه)
يعنى فى أوائل كتاب الذباغ
حيث قال تشترط عند
الأرسال والرمى وقوله (ولهذا)
تشترط التسمية عنده
أى عند الأرسال وقوله
(فيغلب جانب الحرم نصاً)

أي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما جمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وهما اثلاثه فصول أحدهما اشترك فيه السكبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمتان ويناهى الثاني ما اشترى كافيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل أرجح لان المعلم تغرد بالجرح والثالث ما لم يشتر كافي شيء لكن الثاني أشد أي حل على الأول حتى اشتد على (٥٥) الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشترك

الأول في شيء من الصيد وانما أثر في السكبان المرسل دون الصيد فكان فعله تبعاً لفعل الأول لانه بناء عليه فلا يضاف لاخذ إلى التبضع بخلاف ما إذا كان رده عليه لانه لم يصير تبعاً لغيره فصار بالانزجار اظهار زيادة الطلب وجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله كفي نسخ الآتي والزجودون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فزجره بمؤكل) لان الزجودون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه مستأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالزبد والمحرّم وتارك التسمية عاقد في هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فزجره فاحذر الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجودون لا تغفل لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكاف فاستوى بافصلح ناسخاً (ولو أرسل المسلم كلبه على صيدوسى فادركه فضر به ووقد ثم ضر به فقتله أكل وكذا اذا أرسل كلبين فوقه أحدهما قتلته الآخر أكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم بفعل عقوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فوقه أحدهما قتلته الآخر أكل) لما بينا (والملك للأول) لان الأول أخرجه عن حد الصيدية الآن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمه حاله الارسال فلم يحرم

لأبأس بأكله) لان فعل الثاني أثر في الكاب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف لاخذ إلى التبضع بخلاف ما إذا كان رده عليه لانه لم يصير تبعاً لغيره فصار بالانزجار اظهار زيادة الطلب وجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله كفي نسخ الآتي والزجودون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فزجره بمؤكل) لان الزجودون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه مستأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالزبد والمحرّم وتارك التسمية عاقد في هذا بمنزلة المجوسى (وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فزجره فاحذر الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجودون لا تغفل لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكاف فاستوى بافصلح ناسخاً (ولو أرسل المسلم كلبه على صيدوسى فادركه فضر به ووقد ثم ضر به فقتله أكل وكذا اذا أرسل كلبين فوقه أحدهما قتلته الآخر أكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم بفعل عقوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فوقه أحدهما قتلته الآخر أكل) لما بينا (والملك للأول) لان الأول أخرجه عن حد الصيدية الآن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمه حاله الارسال فلم يحرم

(قوله) وجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله كفي نسخ الآتي والزجودون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك أن تقول لا تمس الحاجة إلى الرفع بل تكفى المشاركة في إثبات الحرمه أو شبهها أه أقول ليس هذا بوارد لان الارسال أصل والزجور تبضع والتبضع لا يعد مشاركاله اصل في ترتب الحكم وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر في الكاب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان

اذا شارك السكبان المعلم كلب غير معلم في الاخذ والجرح وفي الثاني الكراهة وهو فيها اذا عاونه غير المعلم في اخذ الصيد ولم يشترك في الاخذ والجرح بل رد الصيد اليه حتى اخذه الأول فلما انقضى الأول في الاخذ والجرح غلب جانب الحل فوجب اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمه لعدم المشاركة في الاخذ والجرح وفي الثالث الاباحة وهو فيما اذا ازداد اشتداد الأول بسبب غير المعلم فلم يوجب الحرمه ولا الكراهة لعدم مشاركتيه واعانته في الصيد بل كان أثر فعله في السكبان لا في الصيد فلم يوجب الكراهة في الصيد لذلك (قوله) كفي نسخ الآتي) فان نسخ الحكم انما يكون بالحكم ولا يكون بنسخ الحكم بالمجمل (قوله) ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه فالولى ان لا يثبت به الحل) يعنى اذا ارسل المسلم فزجره مجوسى لم تثبت شبهة الحرمه فالولى ان لا يثبت به الحل فيما اذا زجره المسلم بعد ارسال المجوسى لان الحرمه تسرع ثبوتاً لان مبنها على الاحتياط فلما لم يؤثر فيها هو اسرع ثبوتاً فلان لا يؤثر فيها هو ابطأ ثبوتاً وهو الحل أولى (قوله) لان الزجودون لا تغفل (من حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال والقياس ان لا يحل به زجر المسلم لان زجره ليس بأرسال وبدون الارسال لا يحل لانه شرط وجه الاحتسان انه لما فزجره مجوسى جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال فان قبل الزجر بناء على الانغلات فكان الزجودون الانغلات والشئ لا يرتفع بما هو دونه كفي الارسال والزجر فلما لا تغفل ان لا يثبت به الحل وان كان فوقه بسبب السبق فهو دونه من حيث أنه فعل المكاف فاستوى بافصلح ناسخاً ما الارسال فهو سابق وفعل المكاف والزجر لاحق وان كان فعل المكاف فكان دونه فلا يرتفع به (قوله) فقتله الآخر لما بينا) اشارة الى قوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت

الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعنى أن الانزجار ان كان دون الانغلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكاف فاستوى بافصلح الزجر ناسخاً وهو متأخر فيجعل ناسخاً وقوله (وقد) أي جرحه جراحة أثخنه وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) قال المصنف وجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لا تمس الحاجة إلى الرفع بل تكفى المشاركة في إثبات الحرمه أو شبهها (قوله) وفوقه بالمحرّم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

دليل المستله وهو بشرى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب به الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالذبح لا يصح بالذبح لا يضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفو وقوله (يجرح الكلب (٥٦) الاول) يعني أنه لا يؤكل لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في

المذبح لا يجرح الكلب بخلاف ما إذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول * (فصل في الرمي) * (ومن سمع حسا طنفس حس صيد فرماه أو أرسل كائنا أو باز باعيا فاصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لأنه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير بانه غلط التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لأنه يؤثري جلدها ووزن شخص منها ما لا يؤكل لجهل الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالما كقول فوقه الفعل اصطياد

تبعاله لأنه بناء عليه فلا يضاف الاخذ إلى التبع اه ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلان سلم كفاية بمجرد المشاركة في اثبات الحرمة وشبهها بل لا بد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق وأما إذا كان أدنى منه فلا تأثر له في الحكم وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فالأولى أن لا يثبت به الحل اه قال في العناية ونقض بالمحرم اذ جرح كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء وأوجب بان الجزاء على المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونة وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فإنه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذ جرح كلب حلال عند ارساله تقرر أن ينقض به الاصل الذي ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الارسال ليكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذي ذكره انما هو على موجب القياس وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كليات الاصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وان لم ير له أحد فزجره مسلم فزجر وأخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلت) قال جهو والشرع يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرع بسيد عندى اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله أو بما هو مشروط بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة أو بما هو مشروط فيها كافي لنسخ الاتي فالوجه ههنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانفلت في القوة والضعف وتعليل المصنف اياه بقوله لأنه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستوى يا فصلحنا سخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر * (فصل في الرمي) * لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجنادية وقد مر وجه

التعليم فجعل عفو (قوله بخلاف ما إذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول) حيث لا يحل أكله لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح بجرح الكلب في مثله موجب للحرمة فلما اجتمع فيه موجب للحرمة والموجب للحل يغلب موجب للحرمة وكذلك حكم الرمي على التفصيل على ما يحكيه ان شاء الله تعالى

* (فصل في الرمي) * (قوله ومن سمع حسا) أي صوتا خفيا طنفس حس صيد أي ظن ان المسموع حس صيد فرمى فاصاب صيدا أي غير الذي سمع صوته لان الذبكرة اذا أعيدت ذكورة كان الثاني غير الاول ثم تبين أنه حس صيد أي تبين ان المسموع حس صيد يحتاج في اكله الى الذبح أو الجرح ويحترز به هذا القيد دعما اذا ظنه طير الماء فظهر أنه يمكنه أو صيدا فظهر أنه جرد لم يؤكل المصاب في رواية ويؤكل في أخرى (قوله أي صيد كان) أي المسموع حسه أي صيد كان يؤكل لجهل أم لا (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه خص من

زجره من المسموع حسه (ملا يؤكل لجهل ان الارسال فيه ليس للاباحة) فكان هو لا ذمى سواء (ووجه الظاهر أن اسم وهو الاصطياد لا يختص بالما كقول) وما هو كذلك فالما كقول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بقوله الاصطياد وقع الفعل اصطياد اذا الاصطياد فعل

* (فصل في الرمي) * (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحة) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصل فصله

مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحه حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزير لم تثبت الاباحه ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيدا مباحا واذا قلنا فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحه تناوله لغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحه تناوله فثبت أن فعله وقع اصطيدا واباحه التناول وغيره مما يتعلق بالحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيدا كان كانه رعى الى صيد فاصاب غيره وقوله (وان تبين أنه حسن أدى) قدمناه آنفا وقوله (لان الفعل ليس باصطيد) اذا لاصطيدا عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوى البيوت أهلى والغلي الموثق أى المشدود بالوناق بمنزلة أى بمنزلة الأذى لما بيننا أن الفعل ليس باصطيدا ثم اذا جهل فوحش المقصود بوجهه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا يخرج المسلمان المذكوران في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما) يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد ومن شرطه أن يكون حل أكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب طيبا تبين أن المسموع حسه سمكته يؤكل المصيد ولو سمع حسا وظنه آدميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه (٥٧) لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيدا فان

قبل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا تبين أنه حسن أدى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب مع أنه لم يقتصر على الأذى وفي هذه المسئلة قصدرى الأذى ورعى الأذى ليس باصطيدا وقد حل المصاب والقياس اما مشمول الحل أو مشمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلة في ذلك أنه لما حل المصاب مع اقتراح ظنه بأنه أذى ففيه اذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى وألانه لم يقع فعله اصطيدا انظر الى قصده فلا يحل المصاب ههنا وحل هنالك لذلك أجيب بان الفرق ما أشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعيينه أى تعيين كونه صيدا وبينه أن في المسئلة الاولى أصاب سمكه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس

وهو فعل مباح في نفسه واباحه التناول ترجع الى الحل فتثبت بقدر ما يقبله لما وجد او قد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيدا اصاب كانه رعى الى صيد فاصاب غيره (وان تبين أنه حسن أدى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب) لان الفعل ليس باصطيدا (والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلى والغلي الموثق بمنزلة) لما بيننا (ولوروى الى طائر فاصاب صيدا وراى الطائر ولا يدري وحشى هو أو غير وحشى حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحش (ولو رعى الى غير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا لا يحل الصيد) لان الاصل فيه الاستئناس (ولوروى الى سمكة أو جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف) لانه صيد وفى أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما (ولوروى فاصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل) لانه لا معتبر بظنه مع تعيينه (فاذا سمى الرجل غدا لوروى أكل ما أصاب اذا جرح السهم فمات) لانه ذابح بالرعى لكون السهم آلة فقتل بشرط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال (واذا أفر كحميا ذكاه) وقد بينا هاهنا وجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيد

تقديم الاول (قوله والغلي الموثق بمنزلة) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أى بمنزلة الأذى أقول هذا التفسير ليس بجيد اذا انظر أن الغلي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلى دون الأذى اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الغلي الموثق بمنزلة الأذى مجرد كونه غير صيد كالأذى لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الأذى قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوى البيوت والغلي الموثق بمنزلة الأذى لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلى والغلي الموثق بمنزلة الأذى علم أن المراد ليس بمجرد أن لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال أيضا فالوجه في تفسير قول المصنف والغلي الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب العناية حيث قال أى الغلي المقيّد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوى البيوت اه

ذلك الخنزير أى ان كان الحرس حس خنزير لا يحل تناوله ما صاب منه الصيد بخلاف سائر السباع لان فعله في سائر السباع مؤثر في ماهرة الجلد فإزان يؤثر في اباحه لحم ما صابه (قوله والغلي الموثق بمنزلة) أى بمنزلة الداجن لما بيننا أى لان الفعل ليس باصطيد (قوله لانه معتبر بظنه مع تعيينه) وهذا بخلاف ما اذا أصاب سمكه صيدا أو المسموع حسه انسان وقد ظنه صيدا حيث لا يحل المصاب لان رمية هنا توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيدا وفيما اذا أصاب المسموع حسه وانه صيده وقد توجه بوجهه الى المسموع حسه وليس بصيد

(٨ - تكملة الفتح والكفاية) - (تاسع) بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظر الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيدا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطيد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطيد واما ههنا فسمكه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطيد بحقيقته فلما وجد الاصطيد بحقيقته لم يعتبر ظنه ذلك الخنزير لفعله الذي هو اصطيد بحقيقته والظن اذا وقع محالاً للحقيقة فعلة كان الظن لغوا فيحصل أكل المصاب لوجود فعل الاصطيد وقوله (على ما بيننا) يعنى في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ

(قوله والغلي الموثق أى المشدود بمنزلة أى بمنزلة الأذى) أقول ولعل الاولى أى بمنزلة الاهلى (قوله نظر الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا بضاحا للحقيقة فعلة فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيدا

وقوله (فمعامل) المعامل في المشي ان يتكافه على مشقة واعياء يقال تعاملت في المشي وقوله (حتى أصابه ميتاً كل) قيل اذا وجدته وفيه جراحة
سهمة لا غير وأما اذا وجدته وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطالب أو لم يترك كما سيجي دلالة ظهر لونه شيئاً أحدهما لو حب الحل
والآخر لو حب الحرمة فيغالب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لونه سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب
سبب يحال عليه كالحل جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحمل فاقولنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه وهو ما والموهم في هذا
كالتحقق اقول صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها قاله حين أهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رمية
بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه ضرر راق وهو الرمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل
هوام الارض قتلتها الحديث وهو كابد على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجدته ميتا وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول
على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضا اجاب بقوله الا أنا أسقطنا اعتبار ما دام في طلبه ضرر ورة ان احتمال الموت دليل معقول
ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان الاحتراز عن توارى يكون بسبب عمله وقوله (والذي روى بنا حجة على ما لك في قوله ان ما توارى عنه
اذالم يبت يحل) يعني وان رأى فيه أثر سبع واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكانه بنى الامر على الغالب لانه اذا باتت عنه قعدة ن طلبه
غالبها وجه كون ما روى بنا حجة (٥٨) عليه انه كره كل الصيد اذا غاب عن الراي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام

من كراهته أكل الصيد
اذا غاب عن الراي حجة عليه
فقوله عليه الصلاة والسلام
لعل هوام الارض قتلتها حجة
له على ما مر من قصته فانه عليه
(قوله يكالو جرح انسانا فلم
يزل صاحب فراش حتى مات
يحبيل قاتلا) أقول لم يظهر
فيما ذكره الموت سبب آخر
غير الجرح بخلاف المسئلة
الذكرورة (قوله وهو كما
يدل على حرمة ذلك الخ)
أقول في دلالة على التحريم
كلام ثم قوله على حرمة ذلك
أي حرمة ما فيه جراحة أخرى
(قوله لان الموهم كالتحقق
لما روى بنا) أقول فلا يكون
هذا دليل لا مستلزما قال المصنف والذي روى بنا حجة على ما لك في قوله ان ما توارى عنه اذالم يبت يحل
فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل قاضيان في قتالهما من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره بما يكون موت
الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصم ما رآه بالعين والاعمى ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم
بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي روى بنا حجة على ما لك في قوله وان توارى عنه اذالم يبت ليلة لا يحل فاذا
بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون منقضاء الوفاء في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فمعامل
حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل في الرمي والحكم متى ظهر عقيب
وعلى هذا أكثر كتب فقهاء أصحابنا ولو حل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كما في شرح الزيلعي
أما نص عبارة قاضيان فهمي والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب
عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطاً في حرمته كما ترى وما يدل عليه التعليق الذي ذكره من كونه شرطاً بخصوصه
فامره سهل اذا لم اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقرينة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد عنه في ضرر ورة فليعامل وراجع النهاية فانه ذكر
حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما روى بنا حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول فيه بحث قوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها حجة على ما مر
عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها حجة على ما مر (أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أثر سبع فان احتمال قتل الهوام مع أنه

قال (واذا وقع السهم بالصيد فمعامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم
أصابه ميتاً لم يؤكل) لما روى عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد اذا غاب عن الراي وقال لعل هوام
الارض قتلتها ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فيا ينبغي أن يحل أكله لان الموهم في هذا كالتحقق لما
روى بنا الا أنا أسقطنا اعتبار ما دام في طلبه ضرر ورة أن لا يعرى الاصطيد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن
طلبه لا مكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله والذي روى بنا حجة على ما لك في قوله ان ما توارى عنه اذالم يبت
يحل فاذا بات ليلة لا يحل
(قوله واذا وقع السهم بالصيد فمعامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن
طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل) قال الزيلعي في شرح الكنتز وجعل قاضيان في قتالهما من شرط حل الصيد
وقع فعله اصطفاً اذا لم يعتبر بطلانه انه انسان مع تعينه الرمي (قوله فمعامل) المعامل في المشي ان يتكافه على
مشقة واعياء يقال تعاملت في المشي ومنه بما يتعامل الصيد ويتطير أي يتكاف الطيران والمعامل أيضا
الظلم يقال تعامل على فلان اذالم يعدل الا ان الاول يحمل نفسه على تكاف المشي والثاني يحمل الظلم على
الآخر (قوله الا أنا أسقطنا اعتبار ما دام في طلبه ضرر ورة ان لا يعرى الاصطيد عنه) فان قيل يكون في
اسقاط اعتبار تخصيص العلة اذ العلة منصوصة وهو قوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلتها وتخصيص العلة
لا يجوز فلنا هذا ليس بتخصيص العلة بل هذا تخصيص النص وانه جائز ولا نأقول العلة انما تكون له عند
تعريضه عن الجرح العظيم وفي اعتبار جرح عظيم فلا تكون العلة تحققة فلا يكون تخصيص العلة

(ولو)

الصلاة والسلام قاله إن
حال بينه وبين الصيد طنة
المسل فالحجاب أن الأصل
أن خصوص السبب غير
معتبر واعتبار قتل الهوام
عند الغيبة وجود فيكون
حرما وقوله (ولو وجد
به جراحة) قدمناه
والخلاف فيه وقوله (لأنه
موجود يمكن الاحتراز عنه)
لأن الصيد قد يتخلو عن رى
الغير فاعتبر بحر ما بخلاف
وهم الهوام فالاحتراز عنه
غير ممكن لأن الصيد لا بد أن
يقع على الأرض والأرض
لا يتخلو عنها ولا يسجل بحرما
إذا لم يقعد عن الطلب قال
(وإذا رى صيدا فوقه في
الماء الخ) كانه واضح وهو
في المعنى مقيد بأن لا يكون
الجرح مهلكا في الحال
على ما سيأتي قوله (وكذا
السقوط من عال) وهو في
بعض النسخ من عل وهو
لفظة في الأول مضمومة
ومقتوحا ومكسورا وقوله
(وان وقع على الأرض ابتداء
أكل) يعني إذا لم يكن على
الأرض ما يقتله كمد الرمح

لاحاجة فيه إذا كان محرما
ففيها إذا وجدت الجواحة أولى
أن يكون محرما والظاهر
أن يقول فكر اهتدأ صلى
الله عليه وسلم لصيد من حال
بينه وبين صيده طنة لا ليل
جعله

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهم لا يحل) لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر بحر ما بخلاف وهم
الهوام والجواب في إرسال الكتاب في هذا كالجواب في الرى في جرح ما ذكرناه قال (وإذا رى صيدا
فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل) لأنه المتردية وهي حرام بالنص
ولأنه احتمال الموت بغير الرى إذا الماء هلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام أعدى
رضي الله عنه وان وقعت به تلك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الأرض
ابتداء أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطيد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار
الأصل أن سبب الحرمة هو الحل إذا اجتمعوا أو يمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجيح الحرمة احتياطاً وان
كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الواسع فما يمكن التحرز عنه إذا وقع
على شجر أو حائط أو آخرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فنردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى
الأرض أو رماه فوقه على رمح منصوب أو على قصبه فأنه أوعى على حرف آخرة لا احتمال أن حده هذه الأشياء قتله

أن لا يتوارى عن بصره فقال لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب أخوف لا يحل لقول
ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصيبت ودع ما أنميت والأصماء ماراً بته والآنماء ما توارى عنك
وهذا نص على أن الصيد لا يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه اه أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعي
فإن الإمام قاضيان لا يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من
شرط ذلك أحد الأمرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط
السابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشغل بعمل آخر حتى يجده
لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب أخوف لا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل
ما أصيبت ودع ما أنميت والأصماء ماراً بته والآنماء ما توارى عنك اه ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى
عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه بل أنما
يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا أو ما قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب
خوف لا يحل فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه أو ما إذا لم يقعد عن
طلبه فيعذر فيه للضرورة أو عدم إمكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التوارى
مطلقاً خارج عظيم الجرح مدفوع بالنص وقد أشار إليه المصنف بقوله الأنا ما سقطنا اعتباره ما دام في طلبه
ضرورة أن لا يعزى الاصطيد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لا مكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله
وذكر في الشرح والسكا في أنه صلى الله عليه وسلم مر بالرواح على حمار وحش فقهر فتبادر أصحابه إليه فقال
صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتني صاحبه فها رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله
صلى الله عليه وسلم أبابكر فقسهما بين الزفاني اه (قوله وان وقع على الأرض ابتداء أكل) قال في العناية

(قوله بخلاف وهم الهوام) فإن احتمال قتل الهوام لازم في كل صيد يغيب عن عين الصائد فمقتضى اعتبار
ذلك ما دام في طلبه لا يفسد باب الاصطيد عنه إذا بخلاف ما إذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث
لا يحل لاحتمال الموت به وهذا الاحتمال ليس بالارم في كل ما يغيب عن العين فلا يقطع عنه (قوله وإذا رى
صيدا فوقه في الماء أو على السطح أو على الجبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل) هذا إذا لم يقع الجرح مهلكا
في الحال أما إذا وقع الجرح مهلكا والحياة التي بقيت في الصيد مثل الحياة في المذبح بعد الذبح فوقع في الماء
أو على السطح أو على الجبل ثم تردى إلى الأرض لم يضر بل يؤكل على ما قال في هذا الفصل ولهذا لو وقع في الماء
وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم وانما يقيد بقوله ثم تردى منه إلى الأرض لأنه إذا
وقع على الجبل ابتداء أو على السطح فاستقر عليه ولم يتردئ أو كل وفي الذخيرة وإذا أصاب السهم الصيد فوقه
على السطح أو على الأرض من الهواء ومات فانه يؤكل استحساناً ولو وقع على السطح ثم على الأرض فانه لا يؤكل

والقصبة المنصوبة على ماسيجي (٦٠) (وقوله وذ كرفى المنتقى) برديان موقوف من الاختلاف بين رواية الاصل وهي

ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها الآن وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذ كرفى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحاكيم الشبهيد وحل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانتشاق وحل المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانتشاق وحل شمس الأتمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآخرة الا ما يصبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أهم وان كان الطير ماثيا فان كانت الجراحة لا تنغمس في الماء أكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء نال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قد ناه قال (ولا يؤكل ما أصاب به البندقة فمات بها) لان ما ذق وتكسر ولا تجرح فصار كالمرعاض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بجرح وبكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقبلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وان كان الجرح خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الجرح خفيفا وجعله طويلا كاسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بجمرة حديدية ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع ينقل الجرح كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو جعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فيقتله بالباس لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح يثبت كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل يثبت كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطاً وان رماه بسيف أو بسكين فاصابه بحده فجره حل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه بجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أضر الدم وأضرى الاوداج فكل

أخذ من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجي اه أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالسكينة ههنا اذا تظاهر أن الوقوع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الارض ولهذا جعل المصنف الاول قسمين للثاني فيما سيجي وعده الاول ممكنا يمكن التحرز عنه والثاني ممكنا لا يمكن التحرز عنه فلا يحتاج إلى أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجي (قوله وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول بردي على ظاهر هذا التعليق أنه قد تقرر في كتاب الذبايح

لان هذه متردية (قوله وحده شمس الأتمة السرخسي رحمه الله) أي حل شمس الأتمة السرخسي رحمه الله ما ذكر في المنتقى على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة وحل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآخرة الا ما يصبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وليس هذا باختلاف الرواية في الصحيح المعراض السهم بل لا ريب في بعضه فاصيب بعرضه لا بحده وبالبندقة طينة مدورة يرى بها وقوله (اذ لم يخزق) بالزاي المعجمة خزق المعراض أي نفذ وبلواه المهملة خطأ وقوله (وكذلك ان جرحه) يعني اذا رماه بجرح فجره فان

قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانتشاق وحل شمس الأتمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآخرة الا ما يصبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجلة فليس في المسئلة روايتان وهذا أي ما نقله شمس الأتمة أصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجوز على إطلاقه وحله على غير حالة الانتشاق ويوجب الى الفرق بين الجبل والارض في الانتشاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكر أنه في معناه وقوله (كما اذا وقع) أي غير المأثني (في الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له بعضه عرضا فيصيب بعرضه لا بحده وبالبندقة طينة مدورة يرى بها وقوله (اذ لم يخزق) بالزاي المعجمة خزق المعراض أي نفذ وبلواه المهملة خطأ وقوله (وكذلك ان جرحه) يعني اذا رماه بجرح فجره فان

كان ثقبلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة أكل والمرودة جرحاً أبيض رقيق كالسكين يذبح به والله يستعمل عقبيه الا اذا كان المستثنى عز يزاد ايدانا باناه بلغ في الندرة حد الشدوذ

شرط

وقوله (قبل لا يحل) هو قول أبي القاسم الصفار ووجهه أن الدم انفس لم يسئل فلا يكون بمعنى الذبح وقبل يحل وهو قول أبي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبنة واللحمين والدم قد يمتسبس اغلظه أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبي القاسم الصفار فإنه شرط سيلان الدم قال (وإن رمى صيد الخ) إذا قطع بالرمي عضو من الصيد أو كل الصيد لما بيننا أن الرمي مع الجرح مبيح وقد وجدوا لا يؤكل كل العضوان أمكن حياته بعد الابانة وإن لم يكن أكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن أبي ليلى (٦١) أن مات الصيد منه كل لانه ممان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان (والمباني منه كما إذا بين الرأس بدكاة الاختيار) وذلك لان قطع أى عضو كان في ذكاة الاضطرار قطع الرأس في ذكاة الاختيار والرأس ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكموا العضو المباني بهذه الصفة لان المباني منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكمناه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المباني لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصارت ذكاة الحرف هو الاصل لان المباني من

أن المقصود بالذبح هو اخراج اندم النخس وان الجرح في أى موضع كان من البدن ذبح اضطرار يصر الى به عند العجز عن الذبح الاختيارى وهو الجرح فيما بين اللبنة واللحمين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا أن الاختيارى أى عمل فيه من الاضطرارى فكون الدم محتسبا لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضى حل كل الجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضى حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يمتسبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه في اعتبار الادماء حرجا فكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم بشرط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما نهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لما منع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم الخافعة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار لا يشترط فرى الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسيد لان عدم اشتراط فرى الاوداج في ذكاة الاضطرار لا يجزئ عنه ولزم الجرح في اشتراطه وهذا غير متحقق في الانهار اذا عجز عن الجرح بل لا يشترط ان الجرح لا ينفك عن الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافتقر قاره ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما بين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكموا العضو المباني بهذه الصفة قال

الندرة حد الشذوذ (قوله ولو ذبح شاة ولم يسئل منه الدم) قبل لا يحل وهو قول أبي القاسم الصفار لانعدام معنى الذكاة وهو تسيل الدم النخس وقال عليه السلام ما نهر الدم وأفرى الاوداج فكل وقبل يحل وهو قول أبي بكر الاسكاف وكان يقول لا بأس باكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه السلام الذكاة ما بين اللبنة واللحمين وقد يمتسبس بعض الدم في العروق بحابس يحبس كما إذا كانت الشاة الغمامات وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق فهذا مثله كذا في البسوط (قوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) أى يؤيد قول أبي القاسم الصفار على ما ذكرناه (قوله أكل الصيد لما بيننا) أى لما بيننا أن الرمي مع الجرح مبيح فإساقط العضو كان الجرح موجودا لا محالة فيحل (قوله وقال الشافعي رحمه الله) كذا ان مات الصيد منه قديده لانه لو لم يمت من القطع الذى حصل به الابانة واحتج الى ذكاة أخرى فان المباني لا يحل (قوله ولا تبعية لزوالها) أى

الصلاة والسلام ما نهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ) أقول قال الاتقاني وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فرى الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذ لا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثانى (قوله وتقريره سلمنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

يؤكل ولكن لا ذكاه ههنا لان هذا الغفل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاه لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده اذ الغرض
ذلك والجرح يعتبر ذكاه اذ امان منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا الوجه وفيه من الحياة فوق ما في المذبح لا بد من ذبحه وعند
زوال الروح وان كان ذكاه بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاه بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحياة فيه حيث ان ذكاه قبل فليكن
ذكاه للمبان بتبعيته الاكثر اذ مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذ لم يتفصل عنه وههنا قد انفصل فزال
التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (والاكثر مما يلي العجز) احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير
وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان اذن الثالث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاه لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان
عند ذلك وأما اذا بان الثالث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاه بقطع الاوداج نفسه وحيث لم يكن الجزء مباناً والباقي ظاهر وقوله (ولا
يؤكل صيد المجموع) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفرة ليس باهل الذكاه الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد قال (ومن
رحى صيدا فاصابه ولم يشغله الخ) (٦٢) اعلم أن الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان يرمياه معا ومتعاقبا والاول

على وجه فانه اذا رمياه
معاً ما أن يصيبهما أو
يصيب أحدهما أو لا فان
أصاب فاما أن يشغله قبل
اصابة الثاني أو لا والثاني
كذلك فانه اما أن يراه
الثاني قبل اصابة السهم
الاول أو بعد هافتهان كان
الثاني فاما أن يشغله الاول
أو لم يشغله الاول ويوحوه
والوجه الاول من الثاني
غير مذكور في الكتاب
وأما أذكر ذلك تكملة
للافادة فان رمياهما وأصابا
معاً فقتلاه فهو له ما جعيا
ويؤكل لان كل واحد
منهما رحى الى صيد
مباح فيعمل تناوله اعتباراً
بحاله الرحى فانه كان صيدا
حال رميهما فقتل فعل كل
واحد منهما ذكاه وأصاب
الرميتان معاً فاستويا في

السمية وذلك لوجوب المساواة في المات وان رمياه معاً فاصابه سهم أحدهما أو لا فاشغله أي أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم
أصاب سهم الآخر فقتله فهو الاول وحل أكله عندنا فلا فرق هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير ممنوع فصار كالرحى شاة
ونحن نعتبر العمل حالة الاتصال لان الاصابة بالحل تبعية وهذا تعين التسوية حالة الاتصال والارسال قد حصل منهما والحل صيد فلم يتعلق بالثاني
خطر والمات حالة الاتصال لان المات يتصل بالحل وسهم الاول أخرجه عن حيز الامتناع فليكنه قبل أن يتصل به الثاني

(قوله فان أصاب فاما أن يشغله قبل اصابة الثاني أو لا والثاني كذلك) أقول يعني اذا رمياه متعاقبا قال المصنف أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه
الصيدان لا يبقى فيه من الحياة لا بقدر ما يبقى في المذبح) أقول الاظهر أن يقول فان لم يبق فيه من الحياة لا بقدر ما يبقى في المذبح بحال الخ وان
بقى فيه أكثر مما يبقى في المذبح فان ما ذكره بقوله بان لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله
اعتباراً بحال الرحى) أقول اعتبر به لأنه لم يرمى ههنا ليس لأنه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فانه في تلك الحالة أيضاً صيد مباح بل لكون المذبح وعند
الامانة ذلك لدليل إنسانهم اليه كيد كرهه قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعني الاتصال بالحل (قوله والحل صيد) أقول الواجالية (قوله
والمات حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل ونحن نعتبر للحل (قوله وسهم الاول أخرجه) أقول الواجالية

وان لم يشغفه فهو لا شأني وهو ظاهر وان رماه الثاني بعد رماه الاول قبيل أن يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني حكمه حكم المارميه
معاهولهما وحل أكله وأما المذكور في الكتاب فقد أجمع المصنف في بيانه ونشيره الى بعض الغايات ان خفي فقوله (هذا) اشارة الى قوله ولم
يؤكل وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادات (٦٣) الخ بيان الحكم الضمان ولم يذكر حكم
الحل وحكمه أنه لم يؤكل

لان احدي الرمييتين تعلق
بها حذر والاخرى تعلق بها
الاباحة وانما يهذب كره
المصنف لانه يعلم من ضمان
اللحم وانما كان حكم صورته
الجهالة وهي أن لا يدري أن
الموت حصل بايهما كصورة
العلم بذلك لان كل واحد
من الجراحتين سبب للقتل
ظاهرا فيضاف اليهما قيل
كان الواجب أن يسقط عنه
ضمان نقصان الجراحة
للدخوله تحت ضمان نصف
القيمة وهو فاسدان ضمان
نقصان الجراحة انما هو

بسبب قبيل سبب ضمان
نصف القيمة فكيف يدخل
فيه وقوله (وان كان رماه
الاول نائبا) يعني أن مات مقدم
كان فيما اذا كان الرامي
الثاني غير الرامي الاول وهذا
فيما اذا رماه الاول نائبا قوله
(فالجواب في حكم الاباحة
الخ) يعني لافي حكم الضمان
لان الانسان لا يضمن ملك
نفسه بقتله انفسه والباقي
واضح

(قوله وان لم يشغفه) أقول
معطوف على قوله فانغفه
أي أضغه الخ (قوله حكمه
حكم المارميه معاهولهما

وحل أكله) أقول لا بد ههنا من تفصيل فان ما ذكره اذا أصاب السهمان معا وما اذا أصاب الثاني بعد اصابة الاول فاما أن أضغه الاول أو لم
يشغفه (قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري) أقول هذا هوهم أن بين المثلين فرقا أعني بين ما اذا حصل القتل بالثاني
وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضوعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول لانه بين المسئلة الاولى جميع
الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيان أي عدم الفرق بين المسئلتين الى آخر ما ذكره الامام الزليعي فراجع

اثنائي لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما
يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة
لا عبرة به اعنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه
والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثاني ضامن لقيمته لاول غير ما نقصته
جراحته) لانه بالرمي أثلث صيدا مما لو كاله لانه ملكه بالرمي المثلث وهو منقوص بجراحته وقيمة المثلث تعتبر
يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد
منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مما لو كاله لاول منقوصا
بالجراحة فلا يضمنه كمالا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري قال في
الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته بجراحته جراحته بين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما
الاول فلا يجر حرج حيوانا مما لو كاله غير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا وأما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين
فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته بجراحته جراحته لان الاولى ما كانت بصنع
والثانية ضمه امره لا يضمنه نائبا وأما الثالث فلان الرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي
الثاني فهذا الرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمه مرة قد دخل ضمان
اللحم فيه وان كان رماه الاول نائبا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما دارى
صيда على ذلة جبل فانغفه ثم رماه نائبا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطبا دماؤ كل لحم

في أمانة الفقهاء وكتب أصحابنا لكم انما خالف في الظاهر ولما تقر في أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري
على الإطلاق كما أن القيد يجري على تقييده فتأمل في التوفيق قوله قال رضي الله عنه تاويله اذا علم أن القتل
حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقاتل أن يقول تاويل المسئلة ههنا بما
ذكره بعد أن أولاه امره فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال بخلافه الصيد يرى مستند كالان
مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة في مختصر القندوري وهي قوله وان كان الاول أضغه فرماه

(قوله تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني) فان علم انه مات من الاول فهو لاول وعلى الثاني ضمان ما نقصته
جراحته لان الاول قد اصطاده والغفل من الثاني نقص ملك الاول فيضمن (قوله وأما الثالث فلان بالرمي
الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني) لان الاول لما أضغته وأخرجه من حيز الامتناع صار
بمنزلة شاة مما لو كاله لا يحل بذكاة الاضطرار ويحل بذكاة الاختيار ولو لم يكن رمي الثاني فهو بالرمي الثاني أفسد
عليه نصف اللحم فيضمنه فان قيل لم لا يدخل ضمان نصف اللحم في ضمان نصف قيمته فان من أثلث شاة غيره
يضمن قيمتها ولا يضمن لحمها نائبا قلنا ما مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصا بالجراحتين لانه يكون
متلفا نصفه حيث أضيف الموت الى فعلها ولكن منقوصا بالجراحتين لان احدهما بفعل الغير والاخرى
ضمه امره ثم انما يضمن قيمة لحم النصف الآخر لانه لا يدخل ضمان مرة لان كل الصيد كان منتفعا في حق صاحبه
بواسطة الذكاة والثاني بريء أخرجه عن أن يكون منتفعا به في حقه فعلم ان تكرار الضمان لا يكون بازاء
محل واحد بخلاف المسئلة شهد وان لم يعلم باي الجراحتين مات فهو كمن لم يعلم بانه مات منه لان كل واحد من
الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما (قوله فالجواب في حكم الاباحة) أي لافي حكم الضمان لان

* (كتاب الرهن) *

وبسبب مناسبة كتاب الرهن
لكتاب الصيد من حيث
كونهما سببين للحصول
المال ومن محاسنه حصول
النظر لجانب الدائن والمدين
وسببه ما ذكرنا غير مرة
وشروط جوازه وتفسيره
ومشروعيته وحكمه
مذكور في الكتاب
وسنذكره شياً فشيئاً أما
تفسيره فبما ذكره (الرهن)
أغية حبس الشيء بأي سبب
كان وفي الشرع جعل
الشيء محبوساً بحق يمكن
استيفائه منه أي استيفاء
الحق من الرهن بمعنى
المرهون (كالدون) وهو

(قال المصنف قال قائلهم
صيد الملوك أرايب وثعالب
* وإذا ركبت فصيدي
الابطال) أقول البيت لعثرة
العيسى وهو جاهلي وهم
كانوا ياكلون الثعالب وما
هو شر منها فان كان استدلاله
بما في تحريم أكل
الثعلب خلاف بين علماء
المسلمين فقد ذهب الشافعي
 وغيره الى القول بجله وان
كان استدلاله بصيد الابطال
فقتل الابطال لا يصح
صيدا الا بقرينة فهو مجاز
وذلك بمنزلة تعمية الشجاع
أسداً ولا يصلح الاستدلال به
على أن الصيد لا يختص
بما كول اللحم (قال المصنف
وفي الشريعة جعل الشيء
محبوساً بحق يمكن استيفائه
من الرهن كالدون) أقول

من الحيوان وما لا يؤكل (الاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم
صيد الملوك أرايب وثعالب * وإذا ركبت فصيدي الابطال
ولان صيده سبب للانتفاع بجده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع
* (كتاب الرهن) *

الرهن أغية حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفائه من الرهن كالدون
وهو مشروع وبعبارة أخرى فرهان مقبوضة

الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمة الاول غير مانقصة جراحته انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل
بما اذا كان الرمي الاول بحال ينجم منه الصيد تعين أن يكون أيضاً قوله والثاني ضامن لقيمة الاول غير مانقصة
جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال ينجم منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمة الاول فرع قوله لم يؤكل
فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع أيضاً واذا علم أن الرمي الاول كان بحال ينجم منه الصيد علم أن القتل
حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التأويل الثاني ثم أقول في الجواب ان كون الرمي الاول بحال ينجم منه الصيد
انما يقتضي أن لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي أن يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز أن
يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد و مراد المصنف بالتأويل
الثاني التقيد بما علم كون القتل حاصل بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم
أن الموت حصل من الجرحتين أو لا يدري ولا يفيد التأويل الاول هذا التقيد لان القيد الذي ذكره أولاً
أعم عمقاً من القيد الذي ذكره ثانياً لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما تناول صورة أن
يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه
الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبح وعما اذا كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا
أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كفضله من قبل فلا استدراك أصلاً بل أصاب كل من التأويلين
بجراحه * (كتاب الرهن) *

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب للحصول المال
كذا في الشروح أقول ردعي على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من
الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لا تراو كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه
المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب
الصيد ولا يلزم تغويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه المنكته غير مرة
في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن أو المدين كإفصل في
النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره أغية
وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط تزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجبي كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً
صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي
الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفائه من الرهن كالدون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن

الانسان لا يضمن نفسه لنفسه والله أعلم بالصواب

* (كتاب الرهن) *

يقال رهن الرجل الشيء ورهنه عنده وأرهنه أو رهنه ضيعتي فارتهماني أي أخذها رهنًا والرهن
المرهون نسبة بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن وقرئ بهما والرهن والرهنية الرهن أيضاً والتركيب
دان على الثبات والدوام وفي اللغة جعل الشيء محبوساً أي شيء كان بأي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما
كسبت رهينة أي محبوسة بربها ما كسبت من المعاصي وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفائه
من الرهن كالدون حتى لا يصح الرهن الابدين واجب ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فاما بدنه مدوم فلا يصح اذ

و بما روى أنه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول التام أو اللازم والادنى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض اهـ أقول ليس هذا بسيد اذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الآن للعقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك البعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن انما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا لا يرب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكثر وهو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن اعدم تعيينه اهـ أقول فيه نظيران الظاهر المتبادر من الكافي في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا فان لم يكن في قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا بد من أن لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية بركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ اهـ وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال الآن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من اراده وقوعه بمسقطه أما الاول فلان من يقول من المشايخ بان انعقاد الرهن لا يكون الا بجمع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك في سائر عقود التبرعات أيضا واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالإيجاب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبه والصدقة كإم في أوائل كتاب الهبة حكمه ثبوت بد الاستيفاء والاستيفاء يتلوا الوجوب (قوله اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه) أى بغيره وروى ان رسول الله عليه السلام توفى ودعه مرهون عند يهودى بوسق من شعير ثم المشايخ جهم الله اشترى جوامن الحديث أحكاما فقلوا فيه دليل على جواز الرهن في كل ما هو مال متقوم وما يكون معدا للطاعة ولا يكون معدا له في ذلك سواء فان درعه عليه السلام كان معدا للجهاد فيكون فيه دليل على جواز رهن المصحف بخلاف ما يقوله المنعقة ان ما يكون معدا للطاعة لا يجوز رهنه لانه في صورته حبسه عن الطاعة وفيه دليل على أن الرهن جائز في الحضر والسفر جميعا فان رهنه عليه السلام كان بالمدينة في حال اقامته هنا بخلاف ما يقوله أصحاب الظواهر ان الرهن لا يجوز الا في السفر بظاهر قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فإرهنان مقبوضة والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم وسكتنا نقول ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاده الناس في معاملاتهم فانهم في الغالب يقولون الى الرهن عند تعذر اماكن التوثيق بالكتاب والشهود والغالب ان ذلك يكون في السفر والاهمال الظاهرة من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا بالرهن في الحضر والسفر دليل جوازه بكل حال وفي دليل على ان المرتهن يكون أحق بالرهن حال حياة الراهن وبعد وفاته لانه عليه السلام مات ودعه مرهونة ولم يكن المرتهن أحق بما سأل الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول الله عليه السلام مرهونة وفيه دليل على انه لا بأس بان يرهن المسلم سلاحا من الذي يدين عليه وفيه دليل على انه لا بأس للامام والقاضى ان يباشر البيع والشراء بنفسه في غير مجلس القضاء خلافا لما يقوله الشافعى رحمه الله وفيه دليل على انه لا بأس بان يشتري الانسان شيئا نسيت وان كان يكتسه الشراء بالقدفانه عليه السلام اشترى بالنسيئة وكان يكتسه الشراء بالنقد بان يبيع درعه ثم يشتري طعاما بنقد خلافا لما يقوله بعض المتعسف فانهم قالوا يكره للانسان الشراء بالنسيئة اذا كان قاهرا وعلى الشراء بالنقد (قوله ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء) فصار كل وثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة وكذا

احتماز عن ارهنان الخ وعن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فإرهنان مقبوضة وهو جمع رهن كعبد في جمع عبد وعاروى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه وبالإجماع فان الأمة اجتمعت على جوازه من غير تكبير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقرى به للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا في الذمة ثم يستوفى بالمال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذلك الوثيقة التي تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والادنى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والسكاف في قوله كالدين مقعمر ان كان الدين بالاعيان المضمونة بانفسها رهن بالدين والا فلا انعام وسجيء التفصيل في الورق الآتى

وهنتك هذا المال بدينك على وما أشبهه، والقبول وهو قول المرتن قبلت لانه عقد والعقد ينقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ (قالوا) أراد به شيخ الاسلام خوارزاده (الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع) فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتن من اليد شيئا عليه ولا نعى بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالمهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب (٦٦) عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون

ابتداء والرهن ليس كذلك قوله (واقبض شرط الزوم) كأنه تفسير أقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا به يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال مجمل لا يجوز الرهن المقبوض وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في غنصر لا يجوز الرهن المقبوض مفسرا محمدا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن ابن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يخص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالمقالة

(قوله لانه عقد والعقد ينقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات الا أن يخص العقد في لصغرى بما سوى التبرع وسجي ونحوه من الشارح (قال المصنف لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالمهبة) أقول في أول كتاب الهبة أنها تصح

ويتم بالقبض) قالوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالمهبة والصدقة والقبض شرط الزوم على ما بينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يخص بالمال من الجانبين فصار كالبيع فلا انتقاض بشئ على أصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدوري الرهن ينقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية بما به بقوله لانه عقد والعقد ينقد بالايجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وأوضحه صاحب العناية في شرحه وأما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه أي الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع ينقد بالايجاب والقبول ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بان عقد رهن ليس بعقد تبرع بل أطبقته كما أنهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالمهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعديل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتن من اليد شيئا عليه ولا نعى بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالمهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك اه أقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيئا على المرتن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتن مستوفيا لدينه عند الهلاك الرهن في بدءه فينبغي أن لا يتم بالايجاب الراهن وحده بل لابد أن يتوقف على قبول المرتن أيضا حتى يتم جعلنا اياه مستوفيا لدينه حكمه عند الهلاك كما هو مذهبهنا على ما سيجيء تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط الزوم على ما بينه) قال في العناية كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالتبرع فيكون الرهن قبل القبض جائزا به يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال مجمل لا يجوز الرهن المقبوض وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في غنصره ولا يجوز الرهن المقبوض مفسرا محمدا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن ابن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقد صرح بعض الفضلاء دفع مخالفتهم في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل اه أقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للعمل على نفي ثبوت الملك للمرتن من بدون القبض وثبونه له بالقبض كما هو

الحالة فانه ما يختص بالذمة التي هي محل الوجوب اذ الذمة مضمونة الى الذمة في المطالبة أو يقول الدين من ذمة الى ذمة أملاء من الاولى والرهن عقد وثيقة قبل والمال محل لاسية فاه الدين منه (قوله قالوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع اذ الراهن لم يستوجب بما أثبت للمرتن من اليد شيئا على المرتن فيتم بالتبرع

ولا نه بالايجاب والقبول وعلم المصنف بانه عقد والعقد ينقد بالايجاب والقبول فليتم (قوله ما أثبت للمرتن من اليد شيئا عليه) أقول ضمير على راجع الى المرتن (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول ضمير لانه راجع الى الراهن وضمير عليه صيرورته راجع الى المرتن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال مجمل لا يجوز الرهن المقبوضا) أقول سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل

(ولنا ما تلونا) من قوله تعالى فزها ان مقبوضة والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضاً وعلى سفر فعدة من ايام اخرى فليصم وكفى قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتمن برقة مؤمنة أى فليجره فليكون تقديره والله أعلم وان كنتم على سقر ولم تجدوا كتاباً فليزكوا او اتهموا الكفن ترك كونه معه ولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المدينين ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربا فكذلك هذا وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل لرهان مصدر او هو جمع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر لا باجتماع بقية الاجزاء فيصرف الى الرهن لاني القبض والثالث ان القبض ان كان شرطاً للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متر وكذا الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والظاهر لا يصح تحت الجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن و لرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سبل مقم وعن (٦٧) الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما

عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث أن الدليل لا لزوم مالك رجة الله حيث لا يجعله شرط للزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لزم في التجارة فكذلك القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح ما لان ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره واما لان

ولانه عقد وثيقه فاشبهه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتن شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امثاله

موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت المالك للمرتن بمحال أصلاً فبقى نفي الجواز ههنا على ظاهره (قوله) ولنا ما تلونا والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر) اظهيره قوله تعالى فضر الرقاب أى فاضر بوهاء وقوله تعالى فتمن برقة مؤمنة أى فليجره وهما وقوله تعالى فعدة من ايام اخرى بتقدير فصوص عدة من ايام أخرى فليصم عدة من ايام آخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضاً وهو قوله تعالى فزها ان مقبوضة بمعنى الامر أى فزها ان وارثه نوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب والازوم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المدينين بالاجماع وجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما دللنا في قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل بالنصب أى بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربا فكذلك هذا فبدء

كالهبة والصدقة واختلغا في القبول قال بعضهم انه شرط وظاهر ما ذكر في المحيط يشير الى انه ركن فانه قال في الاعيان الاجارة بدون القبول ليست باجارة وكذا الرهن حتى لا يثبت من حلف لا يجر أو لا يجر بدون القبول وهكذا كره في المنتقى وأما القبض فشرط للزوم وقال بعض أصحابنا هو شرط الجواز وقال مالك رحمه الله يلزم الرهن بالايجاب والقبول لانه عقد يختص بالمال من الجانبين فاشبهه البيع ولانه وثيقه بالدين بمنزلة الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء على الخلاف في الهبة والصدقة (قوله) ولنا ما تلونا وهو قوله تعالى فزها ان مقبوضة والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فضر الرقاب فتمن برقة فكذا كان هذا امر بالرهن بهذه الصفة فينبغي جوازه بدون هذه الصفة ثم في تسمية لرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والجبل والجبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دل على انه جمع وليس بمصدر وانما قال والمصدر المقرن لان تقديره والله أعلم فزها ان

عدم الصفة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفاً أن الوجوب انصرف اليها وعن الرابع ما لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بمجته لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سأل في هذا الموضوع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل

(قوله) كفى قوله تعالى من كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من ايام اخرى) أقول فان التذمة برصوص عدة (قوله الاول ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني والكاكي (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسألة فرعية لا نسلم الاعن دليلها من الكتاب والسنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهن هو المرهن بمعنى المرهون يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضاً ولعل الاول أن يقال التقدير فزها ان مقبوضة على رهن كفى قوله تعالى فعدة من ايام اخرى وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرناه مآله القاضي في تفسيره رهن ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون ونهى وما قاله الامام غير النسفي في تفسيره رهن جمع رهن وهو الرهن المقبوض بالدين توثيقاً له وما قاله الشيخ النسفي أيضاً في تفسيره ثم الرهن مصدر والمصدر قد يجعل اسماءه بوزن فعول الفعل فاذا قال رهنه عذر يدرهنا يمكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به كما يقال رهنه زيدا ثوباً والجعل اسم الجمع كما جمع الاسماء رهن ورهات اه وهكذا في التفسير الكبير

كفى الوصية وذلك بالقبض

ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظرا لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو جعل متعجلا بتصح ما في الكتاب بقوله تقديره فَرِهَنَ رَهَانٌ مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدر اعلی قول صاحب الكتاب كان ارادة المرهون به جائزة كالرهن براديه المرهون ثم ان المرهون بتأويل السلعة أو العين فقبل مقبوضة بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيغة لكان وجهه بعد الذي الاول وورد الابهاس وفي الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمي صاحب الهداية الرهان مصدرا كما نرى وكذلك كرشح الاسلام علاء الدين الاسيحياني في شرح السكافي ولما فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمرة ودوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمين والرهنية بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهائن نعم الرهان يجي مصدران من قولهم راهنه على كذا أي خاطره مرهنة ورهانان باب المعاملة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتج في صفة الرهان الى تأنيث فانهم الى هنا لفظه وقال صاحب السكافية في تسميته الرهان بالمصدر نظرا لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر وإنما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم فَرِهَنَ رَهَانٌ مقبوضة تانتهى وقال صاحب معراج الديرية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظرا لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال في الفوائد الشاهية يجوز أن يكون الرهان مصدرا من باب المعاملة كالأقوال والاضراب وقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو رهان مرهونة مقبوضة وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيغة ويجوز أن يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائما مقام مصدر محذوف وهو رهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا تقديره لا تخفقا الى هنا كلاما وما صاحب العناية قدم ما استشكلوه أمرا هينا وتجب منه حيث قال قبل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ثم قال والجواب عنه أنه بما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واستاد مقبوضة الى ضمير المصدر مجازا عطف كفى سبل معتم انتهي أقول منشأ مجازته هذه العنقولة ما ذكر في كتب اللغة وكتب النفس بـ لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في القاموس الرهن ما رضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمين وقال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصح اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن جسد الحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذلك حقيقيا بمعنى العدول عنه وبنام استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه قول المفسر بن ثمان تمثله المجاز العقلي الذي ذهب اليه ههنا بسبل معتم فبيج جدا فان المقع اسم مفعول أسند الى رهان مقبوضة ووصفها بانها مقبوضة باعتبار المال (قوله كفى الوصية) كانه اراد به الوصية بالتبرع وهو تصيف الهبة أو يكون المراد من امضاء الوصية الموت من غير رجوع عنها فانه اذا مات لاعت رجوع فكانه أمضى الوصية من هذا الوجه

معقول على اشتراط القبض وهو واضح

موله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد به ارفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لانه) أي قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية ككافي الغصب فان المصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع (٦٩) لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد

من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن الا باليجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء نقل للضمان من البائع الى المشتري ليكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أي وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توفيقا لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخل الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة أقوى من الجهة وما ثبت به الاقوى ثبت به الادنى وأما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا ابتداء فلا يكاد يبين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص

ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشر وع فاشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف روجه انه لا يثبت في المذخور الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محورا

الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما ذهب اليه فالتناسب في التمثيل ههنا أن يقول كافي شعرا على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات التي ذكرت في سائر الشروح لتصح ما في الكتاب كما هو أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فلا نصاب أن التمسك بمثله لا يفيد القطع ولا الالتزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من بينهما أن يكون التقدير في رهن مضمون مقبوض على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفا كافي قوله تعالى فعد من أيام أخوفان التقدير فيه فصور عدة من أيام أخر نامل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشر وع فاشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الآن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختارا للمصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يدايد كما تقر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع انتهى أقول هذا النظر في غاية اسقوط لان جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجهه فيتمتع عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم أن لو كان من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل دللنا العقلي على مسئلة انه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محورا

(قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية) وهي عبارة عن رفع المانع عن القبض (قوله موجب للضمان ابتداء) أراد بابتداء الضمان أن لا يكون مضمونا قبل العقد والرهن لم يكن مضمونا على الراهن حتى يكون الرهن نقلا للضمان فكان وجوب الضمان على المرتهن ابتداء ككافي الغصب (قوله بمنزلة الغصب) يعني كان المصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذلك المرهون (قوله بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان) فان المبيع قبل التسليم الى المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن فانتقل المبيع منه الى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء (قوله والاول أصح) لان حقيقة الاستيفاء بالتخلية والقبض الموجب لهذا الاستيفاء ايضا ثبت بالتخلية فاذا قبضه المرتهن محورا فمغرمته بتمام العقد فيه (قوله محورا) أي مقسوما وهو احتراز عن المشاع فانه لا يجوز عندنا وقوله مفرغا أي عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن وقوله متميزا أي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كالأرهن الثمر على رأس الشجر بدون

(قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشر وع فاشبه قبض المبيع) أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الآن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختارا للمصنف (قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكدده (قوله فلا يكاد يبين) أقول فيه بحث

معنى بشائه وذلك يقتضى السكول والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محجوزاً مفراً من قبضه فبذلك وقوله محجوزاً احتراز عن رهن الثمر على رؤس النخل بدونهم وقوله (مفرغاً) احتراز عن عكسه وقوله (مميزاً) احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبض فالرهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا أن اللزوم بالجواز بالقبض اذا انعقد وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أى قبل القبض فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده لا يسقط به لاكمال شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلط الرهن قالها أى هذه الالفاظ ثلاثاً لصاحبها غنم أى زوائده وعليه غرمه أى هلاكه قال ومعه لا يصير أى الرهن مضى وبنا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزيده الصيانة فلو سقط الدين به لاكماله عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نطق فرس الرهن عنده ذهب حقه وحقه الدين فيكون ذهاباً يقال المراد به ذهب حقه من الامساك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاختيار عنه والثاني ليس بحقه ولا نه ذكر الحق في أول الحديث منكراً أن رجلا رهن فرساً عند رجل بحقه عليه فذبحه الغرس عند المرتهن فاختصم إلى النبي صلى الله عليه وسلم (٧٠) فقال للمرتهن ذهب حقه فذكر الحق منكراً ثم أعاده معرفاً في ذلك يكون

الثاني عين الأول كذا في النهاية وفيه نظر لأن أحدهما كلام الراوى والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة إلا إذا علم أن المنكر كان واقعاً من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غمى الرهن فهو بمافيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعنى إذا قال الرهن لا أدري كم كان قيمته المرتهن كذلك قال يكون الرهن بمافيه حكى هذا التاويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفيته) يعنى أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن بالامانة مضمون بالقل من قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رضي الله عنهما مضمون بالقيمة وقال عمرو بن مسعود رضي الله عنه مضمون بالقل من قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رضي الله عنه مضمون بالدين قات قيمته أو كثر وهو قول شريح فالقول بالامانة خرق لأجماع ولم يفهم أحد

مفرغاً من قبضه (ومالم يقبضه) فالرهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن) لماذا ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذا انعقد لا يحصل قبله قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي رجه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين به لاكماله لقوله عليه الصلاة لا يغلط الرهن قالها ثلاثاً لصاحبها غنم وعليه غرمه قال ومعه لا يصير مضموناً بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فبذلك لا يسقط الدين اعتباراً به لاكماله الصلح وهذا لأن بعد الوثيقة زداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نطق فرس الرهن عنده ذهب حقه وقوله عليه السلام إذا غمى الرهن فهو بمافيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول

مفرغاً من قبضه (وقوله إذا انعقد لا يحصل قبله) أى قبل القبض الشجر لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة فسار كاشائع (قوله إذا انعقد لا يحصل قبله) أى قبل القبض لأن الرهن استيفاء الدين حكماً والاستيفاء حقيقة فلا يكون بدون القبض فكذلك الاستيفاء حكماً ولأن المقصود اضمار الرهن ليسارخ إلى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام المرتهن عليه وذلك انما يكون بالقبض (قوله قال ومعه) أى وقال الشافعي رجه الله ومعنى قوله عليه السلام لا يغلط الرهن لا يصير مضموناً بالدين وقوله لصاحبها غنم أى زوائده يكون له وعليه غرمه أى لو هلك لهلك على الراهن (قوله ذهب حقه) لا يجوز أن يراد به ذهب حقه في الحبس لأن هذا مما لا يشك كل (قوله معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك) بأن قال الراهن لا أدري كم كانت قيمته وقال المرتهن كذلك فهو بمافيه من الدين (قوله واجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته) فقال أبو بكر وعمر رضي الله عنهما مضمون بالقيمة وقال عمرو بن مسعود رضي الله عنه مضمون بالقل من قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رضي الله عنه مضمون بالدين قات قيمته أو كثر وهو قول شريح فالقول بالامانة خرق لأجماع ولم يفهم أحد كيفيته وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن بالامانة مضمون بالقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما مضمون بالدين واختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على أنه مضمون فالقول بكونه أمانة خرق لأجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلط الرهن على ما قالوا الاحتباس السكلى أى يصير مملوكاً كذا ذكره السكري عن السلف كطائوس وأبراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن رهن (قوله محجوزاً احتراز عن رهن الثمر على رؤس النخل بدونهم) وقوله مفراً من قبضه فبذلك وقوله مميزاً احتراز عن الشيوع في الرهن) أقول قاله صدر الشريعة في شرحه للوقاية فقبض محجوزاً أى متصرفاً بغير شائع مفراً أى غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الأرض بدون النخل والشجر بدون الثمر ودارها امتناع الراهن بدون المناع مميزاً أى أن كان متصلاً بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمرغ والمميز يتعلق بالنخل فيجب توافقه عما حصل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة والمميز يتعلق بالاصل في النخل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلقة حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كره المناع الذي يثبت الرهن انتمى فتأمل الظاهر بين التفسيرين (قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غمى الرهن فهو بمافيه) أقول الباء للمعاينة والمعاينة

الرجل الرهن بالشئ وفي الرهن فضل عماره به فيقول الراهن للمرتهن ان جئت بك بحقتك الى أجل يصميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا الاصح ولا يحمل وهذا الذي ينهى عنه فان جاء صاحبك بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ان ابا حنيفة وأبا يوسف ومحمد الى أن ذلك في البيع اذ يبيع الرهن يثن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان يبيع بفضله عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولان الثابت للمرتهن بدلا استيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقر به الثابت للمرتهن بدلا استيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة (٧١) ينهي عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي بحبوسه بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير وفارقتك برهن لافسك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلغا أي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجهه لا يمكن فكاهه وليس فيه ضمان ولا هلاك كاترى يدل على الحبس الدائم قبل الدوام انما فهم من قوله لافسك له لامن لفظ الرهن وأجيب بانه لمادام وتابد بنى الفسك دل أنه ينهي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام بنى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بانبات ما وجبه فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب في الاصل لتاج الشريعة لكن الجواب ليس بنام عندي لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام بنى ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان منافيا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقصين معا ونحن فيه كذلك اذ لا شك أن فسك الرهن ينفي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما يوجب نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت في البيت المزبور انباء لفظ الرهن نفسه من اللغة من قوله عليه السلام لا يفتق الرهن نفي الضمان عن المرتهن وذكر الكرخي عن اسلاف كهاتوس واربهم وغيرهم انهم اتفقوا على ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاهه بان يكون مملوكا للمرتهن والدليل عليه ما روى عن الزهري ان أهل الجاهلية كانوا يرهنون وبشرطون على الراهن انه ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لا يعلق الرهن وقيل لسعيد بن المسيب أهو قول الرجل ان لم يأت بالدين الى وقت كذا فالرهن يبيع بالدين فقل نعم وقوله لصاحبه غنمه صاحب يحتمل المرتهن كما يقال للمضارب صاحب المال والجل عليه أولى لان حقيقة المصبة له فيصير كنه قال للمرتهن غنمه أي الزوائد تصير رهنا عنده وعليه غرمه أي هلاك الرهن على المرتهن اليه أي الاستيفاء وذلك أي كونه موصولا اليه ثابت ملك اليد والحبس ليقع الامن عن بخود الرهن بخافة بخود المرتهن الرهن ومعناه أن الحبس يفضي الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان يخذل الدين أن يخذل المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فينتج الى ايفاء الاقل للخصيص الاكثر وأضره عن المطالبة وهذه أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليها قوله (قوله بل كان الدوام يثبت بانبات ما يوجب) أقول لا يخفى أن الرهن بدوم بادامة الراهن واذا فلك بزل الدوام ومعنى الانفسك له ابقاؤه على ارضيته واحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانما هو عاذا كره من الحبس الدائم من البيت فليست أملا (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا العمل كلمة للتقليل والانهاء أن يقول يكون أكثر من الدين في الاكثر لا أن يجعل على الحقيقة يجعل النادر معدوما في الحكم

(واذا كان كذلك) أي إذا ثبت أن الرهن يدل على البدل والحبس ثبت الاستيفاء من وجهه لأن الاستيفاء إنما يكون بالبدل والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لاتعاقب احتمال النقص فلو لم يسقط الدين واستوفاه نائياً أدى إلى تكرار الاداء بالنسبة إلى البدوهور وبخلاف ما إذا كان الرهن قائماً لأنه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء لأن الرهن المبيع إذا هلك قبل التسليم فإنه لا يقر واستيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أوجب بان النقص إنما يتحقق فيما أمكن رد العين إلى (٧٢) المالك كالتنفيذ كما لا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرهن

وإذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجهه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه نائياً يؤدي إلى الربا بخلاف حالة القيام لأنه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمارة حتى كانت نفقة المرهن على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرهن لأن العين أمارة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بدال الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فرائض الذم من ضروراته كافي الحوالة

عن الحبس الدائم بل جاز أن يستوفاه ذلك من نفى فسا كما تدبر تفهم (قوله وإذا كان كذلك) ثبت الاستيفاء من وجهه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه نائياً يؤدي إلى الربا) يعني إذا ثبت أن الرهن يدل على البدل

وإن كان المراد به الراهن فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه أو السكن حال موته (قوله وإذا كان كذلك) أي لما كان موجب الرهن ملك البدل والحبس ثبت الاستيفاء من وجهه وتقرر بالهلاك فلو استوفاه نائياً يؤدي إلى الربا أي إلى تكرار الاداء فيما يرجع إلى البدل وهو معنى الربا (قوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي) أي الباقي بعد الاستيفاء يداهو ملك الرقبة بدونه أي بدون الاستيفاء هذا جواب اشكال وهو أن يقال يستوفي المرهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا بان يستوفيه رقبته لا بد إلا أن الاستيفاء يبدأ بتقرر بالهلاك فبق من دينه ملك الرقبة فإذا استوفاه استوفى حقه لا زيادة ولا نقصاً فاجاب رحمه الله بأن استيفاء ملك الرقبة بدون ملك البدل لا يتصور فلو استوفاه بتكرار الاستيفاء في حق البدل وذلك رافضاً المجزئ عن الاستيفاء وهذا كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهم الله في رجل له على آخر ألف جيات دفعه أفلأزوفاً فنفق قرب الدين ثم علم أنه أفلأزوف سقط اعتبار جودته لأنه لا يمكن أخذها منفردة ولا وجه إلى أخذها تبعاً لأنه يصير بافكاً كذا همنا (قوله والاستيفاء يقع بالمالية) هذا جواب اشكال أيضاً وهو أن يقال وجب أن لا يسقط لأن المرتهن لم يستوف شيئاً من حقه لأن الاستيفاء يكون من جنس الحق فاجاب رحمه الله بأنه استوفى من جنس حقه لأنه يكون مستوفياً من مالية الرهن لا من عينه لأن الاستيفاء بالعين يكون استبدالاً والمرتهن مستوف لا مستبدل وباعتبار الاستيفاء من المالية تنبأ من الأموال أما العين أمانة في يده وهو بمنزلة الكيس للمالية فكان الراهن جعل مقدار الرهن في كيس وسلمه إلى المرتهن لاستوفى حقه وعند الهلاك في يده يتم استيفاء حقه في مقدار حقه لأنهم لم تصر ملكاً له لأن المالية تصفة العين والأوصاف لا تملك قصداً وهذا كمن اشترى دهنًا في رزق فسلم البائع الرزق مع الدهن فان بدأ المشتري تسكون بدال استيفاء في حق الدهن لا في حق الرزق وكذلك تسليم ائدار إلى المستأجر بحكم الاجارة تكون يده بدال استيفاء في حق المنفعة ويدأمانة في حق الدار حتى إن ما يهلك من المنفعة يملك على المستأجر حتى يتأكد عليه الأجر بازائه (قوله وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء) عطف على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن وفيه بيان أن العين أمانة حتى لا يصير المرتهن قابضاً بنفس الشراء بل ينبغي أن يقبض نائياً (قوله وموجب العقد ثبوت بدال الاستيفاء) جواب عن قول الشافعي رحمه الله أن الحق به يصير بعرض

الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا وهو أن يستوفي رقبته لا بد أن يجاب بقوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من البدل لأنه غير متصور وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان أمال العين الدين أو ببدله لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ولا إلى الثاني لأن الرهن يدل على البدل والصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال مع ما غير جائز ووجه الجواب أننا نختار الأول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية والأول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمارة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة

أن قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين المالية والاستيفاء يقع بالخلاف (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد وثيقة بزيادة معنى الصيانة واستوفى بالهلاك بضاد ما اقتضاه العقد وجهه أن موجب العقد ثبوت بدال الاستيفاء كذا كرنا وذلك يحقق الصيانة لا لمحالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كافي الحوالة

(قوله) لأنه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن) أقول قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه وفي التفسير ليس ذلك فكيف ينوب عنه ولك أن تقول ما ل جوابه أيضاً فليتأمل قوله واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفي آخر الصلح أيضاً

فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وإن كان فراغ ذمة المجل من ضروراته (٧٣)

فلا يعدم به مقتضى العقدان
الاعتبار بالموضوعات
الاصلية للأوزان الضمنية
ونقض بنقض اجالي
وهو أن المستاجر بعد
الفسخ محبوس عند المستاجر
بالأجرة المججلة بمنزلة
المسجون حتى إذا مات
الاستاجر كان المستاجر
أحق به من سائر الغرماء ثم
إذا هلك لم يكن مضمونا
وأجيب بأن المستاجر
بعد فسخه ليست بيد
استيفاء لأن يد الاستيفاء
هي التي كانت قبل الفسخ
وإنما قبض العين المستأجرة
لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء
الأجرة من المالك
فلذلك لم يصير مستوفيا
بالهلاك في يد وأما اختصاصه
به دون الغرماء فلا كان
مخصوصا به قبل الفسخ
لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ
يبقى الاختصاص في حق
استرداد الأجرة وقوله
(فالحاصل الخ) واضح قال
(ولا يصح الرهن الأبدى
مضمون الخ) قبل ذكر
مضمون لأننا نريد أن كل
دين مضمون وقيل هو احتراز
عن دين سيجب كالموهر
بالدرك وهو ضمان الثمن
عند استحقاق المبيع لأن
حكمه أي حكم الرهن ثبوت
يد الاستيفاء كما تقدم
والاستيفاء يتلوا لوجوب
وأما محسنة بالدين الموعود
فسيجيء الكلام فيه
وقوله (ويدخل) أي

فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة لرهن محتسباً بدينه بائناً بالاستيفاء عليه وعندنا تعلق الدين بالعين
استيفاء منه ههنا بالمبيع فيخرج إلى هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية
التمهيدي بجملة منها أن الرهن منوع عن الاسترداد لا تنقلا لأنه يفوت موجهه وهو الاحتباس على الدوام
وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجهه وهو تعينه بالمبيع وسبباً لتلك العواقب في أثناء المسائل أن شاء الله تعالى قال
(ولا يصح الرهن الأبدى مضمون) لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلوا لوجوب قال رضي الله عنه
ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها فإنه يصح الرهن بها ولادين ويمكن أن يقال إن
الواجب الأصلي فيها هو القيمة وورد العين مخصص على ما عليه أكثرنا شيخنا وهو دين

والحبس ثبت الاستيفاء من وجهه لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك
لاستيفاء أحتمل النقص فلولا يسقط الدين واستوفاه نانيا أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو با كذا
في العناية وغيره أقول لقائل أن يقول نعم لو استوفاه نانيا أدى إلى الرهن ولكن إذا لم يستوفاه نانيا أصلاً يؤدي
إلى ضياع بعض حقه وهو أمانة الرقبة والتأدي إلى ضياع حق المسلم بمحذور شرعي أيضاً لوجهه في ترجيح
اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الرهن باقتضائهم في الدفع (قوله) ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان
المضمونة بانفسها فإنه يصح الرهن بها ولادين) يعني بردي على هذا اللفظ أي على لفظ القدورى وهو قوله ولا

الهلاك وهو ضد الصيانة يعني إنما يعدم معنى الصيانة إذا قلنا بتوريده والاستيفاء ليس بالقوة للعق بل فيه
معنى الصيانة على ما ذكرناه يقع به الأمان عند جود الدين بخلاف جود الرهن الذي لا يجوز عن الانتفاع بالرهن
فيتسارع إلى قضاء الدين ومن ضروراته فراغ ذمة الرهن عند هلاك الرهن وتتمام الاستيفاء وذلك لا ينافي كونه
وثيقة لصيانة الحق المرتهن كالحالة فإنما توجب الدين في ذمة الماحل عليه لصيانة حق الطالب وإن كان من
ضرورته فراغ ذمة المجل به لا يزول معنى الوثيقة بغيره فارق هلاك الشئ ودوائه لأن سقوط الدين عندنا
باعتبار ثبوت يد الاستيفاء إذ تم ذلك به هلاك الرهن وذلك لا يوجد في الصك والشهود (قوله) استيفاء منه ههنا
بالمبيع أي استيفاء منه بعينه بالمبيع لا بمماثله لأنه لا ينعقد لعين عين المبيع لا يقتضى تعين عين أخرى بالمبيع
(قوله) منها أن الرهن منوع عن الاسترداد) وكذا عن ركوبه وشرب لبنه لأنه ينافي موجهه وهو ملك الحبس
للمرتهن على الدوام ورهن المشاع لا يصح لأن قبضه على الدوام لا يوجد فيه إذ في المأياة يفوت حبسه يوم قبض
الرهن ويسقط الدين بالهلاك ويسرى هذا الحكم إلى الولد لأنه يملك ملك الأصل وعنده لما كان حكم الرهن
صيرورة للمرتهن أحق به بعبادته وعندنا المبيع هو أحق به منه فإذا هلك لا يسقط الدين لأنه أمانة عنده
ولا يسرى إلى الولد لأن تعين عين المبيع لا يقتضى تعين عين أخرى بالمبيع وصح رهن المشاع لأنه يجوز بيعه
والرهن استرداده وركوبه وشرب لبنه ببقائه على ملكه ولا ينافي موجهه وهو تعينه بالمبيع (قوله) ولا يصح
الرهن الأبدى مضمون) قوله مضمون على وجه التأكيد لا الجبيع الديون مضمون كذا في شرح الاقطع
وقيل هو احتراز عن ضمان الدرك وفي المذهب وطوال الرهن بالدرك باطل لأن الدرك ليس بمال مستحق يمكن
استيفاءه من مال يسهل الرهن ولو ذلك في يد المرتهن لم يضمن لأن ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والاستيفاء
لا سبق الوجوب ولا يصح أن يقال قوله مضمون احتراز عن بدل الكتابة لأنه ذكر في فتاوى فاضل خان رحمه
الله أن المولى إذا أخذ من مكاتبه رهنًا يبدل الكتابة جاز وإن كان لا يجوز أخذ الكفيل ببدل الكتابة (قوله)
لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلوا لوجوب فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء ليكون
الاستيفاء مبنياً عليه فإن قيل ليس أنه إذا دفع ثوباً إلى رجل على أن يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنًا وقد
حصل الرهن قبل وجوب الدين وقبل وجود سببه فلا يكون نالاً للوجوب قلنا لا بل بعد وجود سببه لأن القرض
يثبت من حيث الاعتبار سابقاً على الرهن كما في قوله أعق بدينك عنى ألف درهم ثبت المبيع سابقاً على
العق فإذا ثبت القرض سابقاً على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار (قوله) ويدخل

ولهذا تصح الكفالة به ولو لم يكن لا يجب الابعاد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق

يصح الرهن بالدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهي ما يجب مثله عند هلاكه ان كان مثليا وقيمتها ان كان قيميا كالغصوب والقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولادين فيها وأجاب المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غيبة ير أن صاحب غايمة البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا بد على القدرى الاعتراض وأسالانه لا ينبغي صحة رهن بالاعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا على الدين لان الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر الى هنا لفظه أقول لا ينبغي أن له أدنى تمييز فلا عن مثل ذلك الشراح أن يقول ان القدرى لم ينف في مختصره صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن بالدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النسبي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشراح المزبور أن لو كان لفظ القدرى في مختصره يصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال لو ارد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما محل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فمبطل عن مساعده هذا المذهب ايا فان مجرد تخصص الشيء بالدين كرفي الرابات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فاساطنك بدلالة أداة قصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة به) قال في العناية واعتراض بان صحة الكفالة به التمسك صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كقولنا ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بان قوله ما ذاب لك إضافة لا كفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن تريد به ديننا ما نعتد بسبب وجوبه أو ديننا نعتد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال الى آخره فن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة اذا مراده هو الاول قوله فليس كلامنا فيه يس بشئ لان عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل بعينه فان مقصوده القدرح في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينفع سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بالاختلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذي كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينفع سبب وجوبه لا يندفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفع ما أشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينفع سبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى إضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال

على هذا اللفظ أي بشكل على قوله ولا يصح الرهن بالدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أي بثلها أو بقيتها فهي مضمونة بانفسها باعتبار أن المثل أو القيمة فاقمة مقامها واحترز به عن الاعيان المضمونة بغيرها وهي المبسطة في يد البائع فانه مضمون بغيره وهو الثمن وفي المبسوط الرهن بالاعيان على ثلاثة أوجه أحدها الرهن بعين هو أمانته وهو باطل لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة في العين مقصور على فاستيفاء العين من عين آخر غير يمكن والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن وهذا لا يجوز أيضا والثالث الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالغصوب وهو صحيح لان موجب القدرح العين ان أمكن ورد القيمة تنسند تعذر والعين وذلك دين يمكن استيفاء من مالية الرهن (قوله ولهذا تصح الكفالة به) أي لان الموجب الاصل هو القيمة تصح الكفالة به مع ان الكفالة لا تصح الا

المضمونة بانفسها كالغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بانفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن اما أن يكون بالدين أو بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني اما أن يكون بعين مضمون أو بالثمن أو بالدين غير صحيح كما في الودائع والعقارات والمضاربات والشركات والاول اما أن يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا أو يكون مضمون بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن بالدين مضمون بشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الاصل فيهما هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين (ولهذا تصح الكفالة به) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولم يكن لا يجب القيمة الابعاد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق

ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المفعوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه (جواب عما اختاره بعض آخرون المشايخ وتقرر به ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فنصح الزهني كما صحت الكفالة واعتراض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها تصبح بدین سبب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك اضافة لا كفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن برده ديننا ما انعقد سبب وجوبه اودينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه غير مانع فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخريجين أما على الاول فتقرر به ولو لم يكن الموجب الاصل فيهما القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلما حال على الغاصب فذلك المفعوب لم تبطل الحوالة لان الموجب (٧٥) الاصل لما كان القيمة كان هلاك

العين كالهلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثاني فتقرر به ولو لم يكن سبب وجوب القيمة قد انعقد جعالت كالموجود فبذلك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعه فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالاقل أي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين وقوع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بمعنى لان معنى المعروف واحد منهما معنى المذكور ثالثا وكلامه واضح وقوله (يراد ان الفضل) يعني أن التراد انما يكون من الجانبين وقوله (كافي حقيقة الاستيفاء) مثل ما اذا أوفاه أن في درهم في كيس وحقه في ألف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة

ولهذا اعتبر يوم قبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيه مع كفي الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعه قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا ذابك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء عاود المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المألية وقال زفر الزهني مضمون بالقيمة حتى لو ذابك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة ولدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة حديث على رضى الله عنه قال يتراد ان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونه محبوبا به فتكون مضمونة باعتبار بقدر الدين ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود ورضي الله عنهم ولان يد المرتهن بدلا لاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كافي حقيقة الاستيفاء

(قوله) ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنبؤ يراد به الا على قول أبي يوسف فان المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها على قولنا نتاجها على ما لا يتم التقريب الا على قول أبي يوسف وليت شعري لم لم يتعرض لهذا أحد من الشراح (قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بمعنى لان معنى المعروف واحد منهما معنى المذكور ثالثا واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمر ويكون العلم غيرهما ولو قال مررت بأعلم من زيد وعمر ويكون العلم واحد منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو العلم لا أمر ثالث ثم ان تاج

في الة بون (قوله بخلاف الوديعه) أي تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكها لانها تفوت لا الى خلف (قوله وهو مضمون بالاقل) الاقل بالالف واللام وقوله من قيمته أي يوم القبض ومن الدين بيان للاقل أي أيهما كان أقل فهو مضمون به وصورته (قوله فان كان قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة) وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل بينه اذا هو نوباً بقيته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة رجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل أمانة عندنا وعند زفر رحمه الله رجع الراهن على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون بالقيمة تقول على رضى الله عنه تراد ان الفضل في الرهن أثبت التراد مطابقة وان كان من الجانبين فينتظم حالة الهلاك والبيع فوجب التراد في الجانبين جميعا في حالة البيع ان كان في الثمن نقصان فالراهن برد الفضل من الدين وان كان في الثمن زيادة فالمرتهن برد الزيادة وكذا في حالة الهلاك ان كان في قيمة الرهن نقصان عن الدين فالراهن برد الفضل وان كان في القيمة فضل على الدين فالمرتهن برد فضل القيمة على الدين فيثبت التراد من الجانبين (قوله كافي حقيقة الاستيفاء)

قوله وان كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالاول صحيحة دون الرهن فتوجه السؤال الآن بخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه (قوله وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بمعنى لان معنى المعروف واحد منهما معنى المذكور ثالثا) أقول اذا تكون من حيث تفضيلها لوجوب استعمال الاقل باحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعروف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقراءة على الحذف شهرة المذهب فن الملفوظة للبيان كإفصاحه صدر الشريعة في شرح الوفاية ولم يكن حرف التعريف ههنا (قوله يعني أن التراد انما يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك

على قدر الدين أمانة فكذا

هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الأصل بدونهما) لا يوجب الزيادة هونة أدى إلى الشروع وأول عدم انشكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان يمكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجي وقوله (ولما راد بالتراد فيما روى حلة البيوع) يعني توفيقا بين

حديثي على رضى الله عنه فإنه روى عنه المرتهن أمين في الفضل فيجب حل الأول على حلة البيوع يعني إذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن رد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن ولو كان الدين زائدا براد الزيادة الدين وقوله (كأيناه على التفصيل فيما تقدم) يعني في فصل الحبس من أدب القاضى وقوله (وإذا طلب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قبل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلزمه)

والزيادة مرهونه ضرورة امتناع حبس الأصل بدونهما ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روى حلة البيوع فإنه روى عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل (والمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الضمانة فلا تمنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مطالع عند القاضى يحبس كإيناه على التفصيل فيما تقدم (وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع إقامة الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كفى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طلبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا محل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لأن الاما كن كلفه في حق التسليم مكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجاع (وان كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكاف احضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلي لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلزمه (ولو سلب الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في قوله الأقل منها للتبعض والأقل يصلح بعضا إذا قل مع من مع ما معرفتان بخلاف أقل منها الأقل نكرة وهما معرفتان بالمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسيد إذا لا تسلما المعرفة لا تتناول النكرة تتناول الكل للجزء كجاءه مقتضى من التبعضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لأن مدلول المعرفة ثبتي بعينه ومدلول النكرة ثبتي لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما كون المبيع بعضا من المعين فلا استعانة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى إلى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منها كما يكون كذا فإنه صحيح بل لا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في معناه معرفة ومن للتبعض على أن الوجه المذكور لا فرق بين أن يكون اسم التفصيل معرفة أو بين أن يكون منكر انما يشي فيما إذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يشي فيما إذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذلك تتناول المعرفة للنكرة مثلا لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة دين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتشكيكه وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجه آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذ تكون من في

إذا أوفاه ألفي درهم في كبس وحقه في ألف يصير ضامنا قدر الدين لا غير والزيادة على قدر الدين أمانة فكذلك هذا (قوله والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونهما) والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة كما إذا رهن عبدا قيمته أكثر من الدين حيث لا يتميز الزيادة من الأصل فيثبت له حبس الكل (قوله ولا ضرورة في حق الضمان) لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان يمكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجي إن شاء الله تعالى (قوله والمراد بالتراد فيما روى حلة البيوع) يعني إذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه وانما حلتا التراد على حلة البيوع توفيقا بين حديثي على رضى الله عنه فإنه روى عنه أي عن على رضى الله عنه وهو ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضى الله عنهما أنه قال المرتهن أمين في الفضل فقد تبين بهذه الرواية أنه انما أراد بالتراد في حلة البيوع لا في حلة الهلاك (قوله كأيناه على التفصيل فيما تقدم) أي في فصل الحبس من كتاب أدب القاضى وقوله على التفصيل وهو ما فصل فيه بقوله وهذا أي ترك الحبس إذا ثبت الحق بأقراره لأنه لم يعرف كونه مما طالا وأما إذا ثبت باليمين تحسبه كما يثبت لظهور ما طال بانكاره (قوله وإن كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكاف احضار الرهن) ذكر في بعض الفوائد ولكن يخاف المرتهن بالله ما لا بد أن طلب الراهن ذلك لأن الرهن غائب فحمل هلاكه على اعتباره لا يجب قضاء الدين فإذا حلف المرتهن قضى الدين (قوله فباعه بنقد أو نسيئة جاز) لا طلاق الأمر قال القاضى

لا طلاق

(قوله وأول عدم انشكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لا نالوم نجعل الزيادة

بعض المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار ان سلكه لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو ما خرج المرتهن بخلاف الفصل الاول وقوله (لا طلاق الامر) يشير الى انه لو قيد بالتقيد لا يصح بيعه نسبه وقوله (لانه لا قدرة له على الاحضار) لان الرهن يبيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا اذا امر المرتهن) يعني لا يكف احضار الرهن لانه اى الرهن صار ديناً بالبيع بامر الراهن فصار كان الرهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كأنه اتفقا سحاً الرهن وصار الثمن (٧٧) رهناً بتراضهما ابتداء لا بطريق

انتقال حكم الرهن الى الثمن
ألا ترى أنه لو باع الرهن
بأقل من الدين لم يسقط من
دين المرتهن شيء فصار كأنه
رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه
على يد عدل وقوله (الأأن
الذي يتولى قبض الثمن

هو المرتهن) استثناء من
قوله فصار كان الراهن رهنه
وهو دين جواب عما يقال
لو كان الأمر كذلك لما كان
للمرتهن أن يقبض الثمن
من المشتري كما لو كان الرهن
في يد عدل لكن له ذلك
ووجهه ما ذكر أن ولاية
القبض باعتبار كونه عاقداً
والحقوق ترجع اليه
وقوله (وكما يكف احضار
الرهن لاستيفاء السكك
يكف لاستيفاء نجم) قبل
اذ ادعى الراهن هلاك الرهن
وأما ما لم يدع فلا حاجة الى
ذلك والبس أشار بقوله
لاحتمال الهلاك وقوله
(ثم اذ قبض الثمن) يعني ان
باع الرهن وقبض الثمن
فاذا قبضه ووجب احضاره
لاستيفاء نجم لقيامه بمقام
العين وقوله (وهذا بخلاف
ما اذا قتل) إشارة الى قوله
وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه
الى آخره فانه لا يجبر المرتهن

لا طلاق الامر) فلو طالب المرتهن بالدين لا يكف المرتهن احضار الرهن) لانه لا قدرة له على الاحضار (وكذا
اذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لانه صار ديناً بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو
دين (ولو قبضه يكف احضاره) لقيامه البديل بمقام البديل لان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد
فترجع الحقوق اليه وكما يكف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك
ثم اذ قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه بمقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن
خطأ

الذكر تفضيلاً لوجوب استعمال الفعل باحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرفة للبيان اعدم جواز الجمع
بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النجوم قال وفي بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضاً كذلك
واقترينة على الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبجته ساقط اذ قد تقرر
في علم النجوم أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة لأن يعلم المفضل عليه ويتعين كفى
قوله تعالى يعلم السر وأخفى وقوله تعالى ولذكر الله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على
تقدير أن يذكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمته من تفضيلاً وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير
مسموح لانه الآن يصدر بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر في أين حصلت الشهرة
كيف ولوقت الشهرة في مسئلتنا هذه بحيث جاز به ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى
عن ذكرها وبينها ههنا بالكيفية (قوله لانه صار ديناً بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين)

الامام أبو علي النسبي رحمه الله اذا تقدم من الراهن ما يدل على القديت قال ان المرتهن يطالبني بدينه و يؤذني
فبعه حتى أتجوه منه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة ما لو قال لغيره بيع عبدى فاني أحتاج الى النقطة (قوله فصار
كان الراهن رهنه وهو دين) لانه لما باعه باذنه صار كأنه اتفقا سحاً الرهن فصار الثمن رهناً بتراضهما ابتداء لا
بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن فصار
كأنه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يدي عدل كذا في زيادات قاضيان فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح
قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في نفس المرهون لكونه بدلاً عن المقبوض وهو قد كان حاله ذلك ثم ثبت هذا
الحكم في خلفه بعلامة مودا (قوله اذا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن) هذا استثناء من قوله فصار
كان الراهن رهنه وهو دين على تقدير اشكال وهو ان يقال لم يصير كان الراهن رهنه وهو دين اذ لو كان كذلك
لما كان للمرتهن ولاية قبضه كما لو كان الرهن في يد العدل له ذلك فاجاب وجه الله وقال ولاية القبض باعتبار
انه عاقد ويجوز أن يرجع الاستثناء الى قوله وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لا يكف احضار
الثمن إلا أن ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد (قوله يكف لاستيفاء نجم قد حل) هذا اذا ادعى الراهن هلاك
الرهن وأما ما لم يدع فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيه وأما اذا قال الراهن قد تولى الرهن وصار المرتهن
مستوفياً دينه وليس على شيء من الدين وطلب من القاضي ان يأمره بالاحضار ليظهر حاله بامر به بالاحضار اذا
كان في المهر الذي رهنه وليسكن لا يسلم اليه حتى يقبض جميع الدين (قوله وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد
الرهن خطأ) أي باع العبد أو المرتهن الرهن باذن الراهن بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حيث

على الاحضار بل يجبر اراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى باقضية على عاقلة في ثلاث سنين فان
(قال المصنف فصار كان الراهن رهنه وهو دين) أقول في بحث فان انقبس اليه وهو رهن الدين غير صحيح وكيف يثبت الحكم بالفرع قياساً
عليه فليشمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني المنجم الثلاث لم يترك التكرار (قوله وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل إشارة الى قوله وكذا) أقول
ولعل الأولى أن يجعل إشارة الى بيع العدل والمرتهن الرهن بامر الراهن قال العلامة السكاكي إشارة الى قوله يكف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف

الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة ثلاث القيمة بخلاف عن العين فلا بد من احضار كلها لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثم هي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة أجاب بقوله وما صارت قيمة بقوله حتى تنتقل اليها الرهنية قصار كل رهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار ديناً بفعله فكان له ان يتفادى ما جعل الثمن رهناً ابتداءً كما مر فترافق في النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكاف لا استيفاء نجح قد حل ووجهه هكذا أي في مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكاف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجح يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يرض شيئاً قال (وان كان (٧٨) الرهن في يده الخ) اذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يعين الراهن من يده أو أن

حتى قضى بالقيمة على عاقبته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة ثلاث القيمة بخلاف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بقوله وفيما تقدم صار ديناً بفعله الراهن فلهذا اذترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطالب دينه لا يكاف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يده في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أو دعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقرض شيئاً (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري من هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل بحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهناً) لانه لا يحد الرهن فقد تولى العدل والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا عالت المطالبة به قال (وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاها البعض فله أن يبيع كل الرهن حتى يوفى بالقيمة) اعتباراً بحبس المبيع (فاذا قضاها الدين قبل له سلم له الرهن اليه) لانه زال المانع من لتسليم الوصول الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم اترد الراهن ما قضاها) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكأن الثاني استيفاء بعد

قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقيس عليه هو رهن الدين غير صحيح فكيف ثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى أقول لا يخفى على القاطن أن مراد المصنف بتعليقه انذ كور ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراد به بيان أن حكم رهن يبق في الدين الذي صار خافاً عن العين المبيع بامر الراهن لان الاصل كان صالحاً لانه يكون رهناً فكذلك خافاً تبعاً وان لم يصلح الدين للرهنية أصلاً فحكم من شئ يثبت ضماناً وتبعاً ولا يثبت اصاله وقصد افقوله نصار كان الراهن رهناً وهو دين اشارة الى معنى الخافية لا الى القياس وهذا مع ظهوره لكل متأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدائن ابتداء لا يصح لانه لا يكون له الرهن فاما نعم ولكن يبق حكم الرهن في الدين لانه يكون بدلاً عن المقبوض وهو قد كان صالحاً لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لا مقصوداً انفي (قوله) فلو هلك قبل التسليم اترد الراهن ما قضاها لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكأن الثاني استيفاء بعد استيفاء فوجب رده) قال في العناية وطول بالفرق بينه وبين ما ذكره من عدم ابراهم

يجبر الراهن على قضاء الدين في المبيع اذا طالبه المرتهن ولا يكاف احضار الرهن قبيل قبض الثمن لان الرهن صار ديناً بالمبيع بامر الراهن وفي صورة القتل لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لانه ما صارت قيمة بفعله الراهن (قوله وفيه تقدم) أي فيما اذا باع العدل أو المرتهن (قوله وأمره أن يودعه غيره) في الايضاح وضعه العدل عند غيره ودبعت أو كان في يده (قوله لما قلنا) اشارة الى قوله لانه لم يرض شيئاً (قوله

لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقيقة له استقاطه وكلامه واضح وقوله (فلو هلك) أي الرهن (قبيل الرد اترد الراهن ما قضاها) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطول بالفرق بينه وبين ما ذكره من عدم ابراهم وقبضه وقيمتهم مثل الدين ثم رهب المرتهن المال للراهن أو ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت بد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهالك قصير ورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد ابراه بمقتزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد ابراه نزد المستوفى فوجب أن يكون ههنا كذلك

مسئلة القتل حيث لا يكاف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجح يؤديه انتهى هذا رأيت في شرح

الحكاكي فقه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشرع (قوله أحاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الا صواب أن يقال - حتى يجعل رهناً مكانه فانه لا يمكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حقيقة لان بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال في الاول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعل قوله وفي النهاية جعله - بل قوله وهذا اشارة الى قوله يكاف لا استيفاء نجح الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكاف المرتهن باحضار في مسئلة القتل للعلم بعدم قدرته قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الايقاع وفيما نحن فيه يكاف المرتهن فيجبر الراهن اذا حضر ولعل مراد الامام السعفاني هذا (قوله وطول بالفرق) أقول نقض اجمالى (قوله فانه لا ضمان عليه استحساناً) أقول يجي المسئلة في أواخر كتاب الرهن

وأجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء
بعد استيفاء فيجب الرد أو الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وإنما هو اسقاط الدين من ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ)
احتراز عما إذا رده على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن وقوله (لأنه) أي الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد
الرهن سقط الضمان لغوات القبض وان كان الدين باقيا وإذا أبراء عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لأن الهلاك إذا كانت ذات
وصفين بعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغي أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان
السلام متناقضا أجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المودى (٧٩) يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان
الاحتمال لا يوجب التحقيق

استيفاء فيجب رده (وكذلك لو فسخ الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرأ ولا يبطل الرهن إلا بالرد على
الراهن على وجه الفسخ) لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين (ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء
بالدين) لبقاء الرهن (وايس للمرتهن أن ينتقم بالرهن لاستخدام ولا يسكني ولا يلبس إلا أن ياذن له المالك)
لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع إلا بتسليم من الراهن وليس له أن يؤاجر ويبيع) لأنه
ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي
قال (والمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجه وولده وخادمه الذي في عياله) قال رضى الله عنه معناه أن
يكون الولد في عياله أيضا

وقبضه وقيمة مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبراءه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن
يغيبه أياه فإنه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت بدالة استيفاء المرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالبرهان
فصير رده مستوفيا بل الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء
المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك
الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد أو الإبراء
البراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وإنما هو اسقاط الدين من ليس عليه لغواته حتى أقول في خاتمة
هذا الجواب خلل لان قوله راسقاط الدين من ليس عليه لغواته من الكلام ههنا لان الإبراء في مادة النقص

الإبراء على الراهن على وجه الفسخ قيد به لأنه لو رده على الراهن على وجه العارية لا يبطل الرهن (قوله لأنه
يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين) وفي المبسوط اختلف المشايخ رحمهم الله أنه لا يفسخ بمجرد الفسخ
منهم من قال لان الرهن ثبت بعقد القبض جميعا إلا أن هذا يشكل بالهبة والبيع الفاسد فإنه ثبت الفسخ
فيهما من غير نقض القبض وان كان لا يثبت إلا بالعقد والقبض جميعا ومنهم من قال إنما لا يفسخ الرد
بمجرد القول قبل الرد لان حكمه قبل الهلاك ثبوت بدالة استيفاء في حق الحبس فيعتبر باليد الشائبة بحقيقة
الاستيفاء في حق الحبس والمالك وحقيقة الاستيفاء لا ينقض بمجرد القول دون الرد لان فعلهم اختلف
لقولهم ما والقول متى خالف الفعل لا يعتبر كالسلطان إذا أكره رجلا بالافراق بالحبس ثم قال لا أحبسك ان
شئت فافر وان شئت فلا تفر وهو حابس له في الحل فهذا القول من السلطان غير معتبر لأنه يخالف فعله حتى
يكون مكرها في قراره (قوله قال رضى الله عنه معناه أن يكون الولد في عياله أيضا) في ودعته الذخيرة وذكر
مجرد رده الله من حله من في عياله وزوجه وولده وأجبره الخالص الذي استأجره مشاهرة أو مسانحة تلاميا وممة ثم
ذكر والحاصل أن العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة بالنفقة ألا ترى أن المرأة إذا أودعت ودعته فدفع
الوديعة الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقة أهله كما يسكنان معا ألا ترى أن الابن الكبير إذا كان

ههنا يدل عليه كلام المصنف في آخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول ولك أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه لا يطالب به لعدم
الفائدة والى ذلك أشار صاحب الهبة وسبب ما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذه اليمين شهادة من شهد بالف وقضى خمسة مائة
منها على ما مر في فصل الاختلاف في الشهادة فراجع (قوله أجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المودى يوجب بقاء الضمان)
أقول اعترف بعدم انعكاس الهلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجي في آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله
معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين تحطئة المصنف في هذا اللفظ فصل كرى لانهم ان قيل انما أنكروا
فيه استعمال الانتفاع في معنى النفع لا مطلقا فلان ما منع من أن يبرأ من المعنى الذي أريد منه ههنا (قال المصنف لأنه علف الحيوان)

(قوله وإذا أبراء عن الدين
سقط الضمان وان كان
القبض باقيا) أقول فيه
بحث فله ذكر قبيل هذا
الكلام أنه إذا هلك الرهن
في يد المرتهن بعد الإبراء
يكون الإبراء لغوا لكون
الدين مستوفى مستندا الى
القبض وايس معنى
الضمان الاذا كان
التعويل على ما ذكره

وهذا لان عينه أمانة في يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من في حياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد يناسج ذلك بدلالة في الوديعة (واذا تعدى المرهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي (ولورهنه خاتمة الحفظ في ختمه فهو ضمن) لانه متعدي بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وإنما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنه بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطليسان ان لبسه لبسه معتاد ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولورهنه سبعين أو ثلاثة فتقدها لم يضمن في الثلاثة ضمن في السبعين) لان العادة حوت بين الشجعان بتقليد السبعين في الحرب ولم يجبر بتقليد الثلاثون لبس خاتمة فوق خاتم ان كان هو ممن يجعل لبس خاتمين ضمن وان كان لا يجعل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراي ونفقة الرهن على الراهن والاصل أن ما يحتاج اليه المصلحة للرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذلك منافعها مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤتمن ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ما كلفه ومشربه وأجرة الراي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة طائر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاه والقيام بمصلحه وكل ما كان لحفظه أو لردده أو بدال المرهن أو لرد جزء منه فهو على المرهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن

من الراهن ولا شك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الابرأ فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحها فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه فارق قلت مراده أن يدال استيفاء لما ثبت

سا كننا مع المودع ولم يكن نفقته عليه فخرج المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن فعلم أن العبرة لما قلنا (قوله فهو على الخلاف) يعني الاختلاف المعروف في المودع اذا أودع هل يضمن الثاني فعند أي حنيئة وجه الله يضمن وعندهما لا يضمن (قوله والاصل أن ما يحتاج اليه المصلحة للرهن) أي غير مصلحة الحفظ مثل تلقيح النخيل وتسديته وسقيه مرة بعد الأخرى (قوله وكذلك منافعها مملوكة له) أي الأولاد والثمار وسائر ما ينمو مثل الصوف والشعر وما ينبت من الأشجار في الأرض المرهونة وسائر منافعها بريده أن العين باقية على ملكه حقيقة وكذلك كمالا من منافعها مملوكة له بخلاف المستعير والموصى له بالخدمة فان النفقة عليهم لانهم جازوا لا بمنزلة المالك بل تلك المنفعة والمرهن لم يملكها مطلقا لانه وان ملكها حبسها وفيه منفعة اخراج الراهن ليتسارع الى قضاء الدين الآن منفعة قضاء الدين مشترك بينهما فلم ينزل منزلة المالك (قوله وأجرة الراي في معناه) أي معنى الاتفاق في المالك والمشارب لانه علف الحيوان أي الاجبر سبب علف الحيوان لانه يوصل اليه فاطلق اسم السبب على السبب وقيل انه راجع الى الراي فان قيل كما أن الراي يسوق الدابة الى أهله فكذلك يحفظها أيضا والحفظ على المرهن وان كان العلف على الراهن ألا ترى ان أجر المربط الذي يأوى اليه الرهن على المرهن فيجب أن يكون الاجر عليه ما نصنف قلنا الراي للاختلاف لا للخدمة ألا ترى أن السارق من المرعى لا يقطع ومن المراح يقطع لان الحفظ تبع والاجر بازاء الاصل كالنمن يقابل الرقبة دون الاطراف (قوله ومن هذا الجنس كسوة الرقيق) أي من جنس ما يحتاج اليه المصلحة للرهن وتبقيته (قوله وكل ما كان لحفظه أو لردده) أي الحفظ اذا كان لرد الرهن فنفقته على المرهن لان الحفظ واجب عليه ولهذا لو شرط الراهن شيئا للمرهن على الحفظ لا يصح ولا يستحق بخلاف الوديعة فان المودع اذا شرط شيئا على الحفظ يصح (قوله لردده على يد الراهن) وفي بعض النسخ الى يد المرهن ووجه أنه أبق العبد المرهون فردده انسان الى المرهن فالجعل عليه (قوله أو لرد جزء منه) بان يبيض عين الرهن أو يحدث به مرض آخر فالداواة على المرهن لان رد كل الرهن واجب على المرهن فكذلك جزءه وفي الداواة حفظ الجزء للرد

الاب من المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراي ونفقة الرهن على الراهن فان أي فالغاضي بأمر المرهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان ذلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه أو لردده الى يد المرهن) يجعل الا بق (أو لرد جزء منه كداواة الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة

أقول أي كلف الحيوان من قبيل زباد

وقوله (للعقبة بالعين) يعني
بمخلاف حق المرتهن فان
حقه يتعاق بالرهن من حيث
المالية لا من حيث العين
والعين مقدم على المالية
فكذلك ما يتعلق بالعين
يقدم على ما يتعلق بالمالية
فان قيل لما كان العشر
معلقا بالعين كان استحقاقه

كاستحقاق جزء من الارض
ليكون كل واحد منهما معاينا
ورد عليه عقد الرهن فان
وضع المسألة فيه - اذا ارتهن
أرضاً عشرية مع شجر أو
زرع فيها فأخذ العشر
والاستحقاق في جزء من
الارض يبطل الرهن لظهور
الشروع فيه فكذا في
استحقاق العشر أجاب بقوله
(ولا يبطل الرهن في الباقي
لان وجوبه) أي وجوب
العشر (لا ينافي ملكه)
في جميع ما رهنه ألا ترى أنه
لو باعه جاز ولو أدى العشر
من موضع آخر جاز فصح
الرهن في السكك ثم خرج جزء
معين فلم يتمكن الشروع
في الرهن لا مقام ولا طارئا
بخلاف الاستحقاق

وقوله ألا ترى أنه لو باعه جاز
أقول يعني لو باع الجميع في
غير الرهن جاز البيع قبل
أداء العشر

أي يوسف أن كراه المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى في تقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على
المرتهن لانه محتاج الى إعادة الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن
والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه أمانة في يده
والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة بد المال اذ هو كالودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت
الذي ذكرناه فان كراهه على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق
الحبس في السكك ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداداة الجراحة
والقروح ومعالجة الامراض والغداء من الجناية فتقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة
لانه من مؤنة المالك والعشر فيما يخرج مقدم على - في المرتهن لانه معلق بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان
وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق

للمرتهن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مسندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت
القبض فصار الاستيفاء مقدما على الإبراء في الحكم فلم يكن الراهن مدبونا وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض
الباقي فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه اسقاط الدين من عليه من هذه الحثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن ليس
عليه انقضى ولو كان له هذه الحثية اعتبر بما نحن فيه من مادة النقص وكان الإبراء فيه انقضاء على ذلك
لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقضاء السابق وتقرر به بالهلاك وكون الإبراء لغوا
على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدارا لنقص والمطالبة بالفرق بين مسألة السكك وبين ذلك
فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن
يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا بإبراء الدين وبالإبراء عن الدين انعدم
أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت به لذات وصفين بغيره بانه عدم أحداهما ألا ترى أنه لو رد الرهن
سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا اذا أبرأ من الدين بسقط الضمان لانعدام الدين مع
بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل بتقرر فان ما هو
المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول المقصود بالشئ يقرره ومهم يشهد واذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن
وبهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيلزم مرد أحداهما أو الإبراء فسقط الدين فلا يبقى
الضمان بعد اعدام أحد المعنيين بين الى هنا لفظ النهاية وسجي من المسند في آخر كتاب الرهن ما يطابق
ذلك في الفرق بين تلك المسائلين فبصرف قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يبقى الرهن معناه ما بعد قبض
الدين اذ هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق وقت بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن

فيكون على المرتهن كفي السكك (قوله ومن هذا القسم جعل الآبق) أي من القسم الذي يجب مؤنته
على المرتهن (قوله انما يلزمه لاجل الضمان) أي لاجل أن الرهن مضمون على المرتهن مالية فيتقدر
بقدر المضمون لان جعل الآبق لاعادة اليد ويده في قدر امانة يد المالك فكانت مؤنة اعادتها على المالك
فيتقدر الواجب عليه بقدر ما يكون معناه عليه بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن لان ذلك مؤنة حفظ
الرهن بحسبه وامساك كمن لا يدي المتعرضة وحبس الجميع وامساك الجميع حق المرتهن ولهذا كان له
حبس السكك ما بقي جزء من الدين (قوله للعقبة بالعين) يعني تعلق العشر بالعين والمالية جميعا وتعلق حق
المرتهن بالمالية دون العين فكان العشر مقدما على حق المرتهن لقوته ثم لا يبطل لرهن لو جوب العشر وان
كان يتضمن شيوع الرهن ظاهر الان وجوب العشر لا ينافي ملك المالك في المحل لان ملك الفقير لا يثبت في
العشر قبل الأخذ فعلم أن وجوب العشر لا يخرج قدر الواجب من ملك المالك ولا يلزم من ذلك شيوع الرهن
حقيقة فلا يبطل بخلاف الاستحقاق لان قدر الاستحقاق يخرج من ملك المستحق عاياه ويلزم من ذلك شيوع
الرهن

لان المالك المستحق له الغبر فلم يرفع الرهن فيه وكذا في امواره لانه مشاع (قوله وما اداءه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضى فكذلك وان كان بأمره وجب عليه كأن صاحبه أمره به لعموم (٨٢) ولاية القاضى وقد قيل انه بمجرد أمر القاضى بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن مالم

وما اداءه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجوع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضى عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه ما ضر وان كان بأمر القاضى وقال أبو يوسف انه يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الخمر والله أعلم

(باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز)

قال (ولا يجوز رهن المشاع

يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى وود صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظراً لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول لما في الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالاراء لقيام الموجب وهو المقتضى بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتن الراهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضاً مالم يسلم الى الراهن فيبقى مضموناً بالهلاك الى أن يسلم الى الراهن تامل توقف انتهى والله الموفق للصواب

(باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز)

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز اذا تفصيل انما يكون بعد الاجمال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس يصح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أولم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ايس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العدة لا شرط جوازه الى هنا الغلطه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العدة لا شرط جوازه حشو مفسد

(قوله وما اداءه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه لانه يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى حتى يأمر صاحبه بالاداء والاتفاق ان كان حاضراً وان كان غائباً يأمر الحافظ بالاتفاق ليرجع عليه وفي الذخيرة وما أنفق المرتن على الرهن والراهن غائب فهو منه تطوع فان أمره القاضى أن ينفق عليه ويجهله ديناً على الراهن فهو دين عليه ثم قال فقد أشار الى أنه بمجرد أمر القاضى لا يصير الفقة ديناً على الراهن حيث قال ويجعله القاضى ديناً عليه قال شمس الأئمة وهكذا يقول في كتاب اللقيط وأكثر مشايخنا على أنه لا بد من التنصيص على أن يكون ديناً على الراهن أما مجرد الامر بالاتفاق فلا يصير ديناً بالاتفاق وهذا لان أمر القاضى في هذا الموضع ما كان لازماً للمأمو رشا فانه لا يلزم بالاتفاق لان الامر بذلك متردد بين الامر بالاتفاق حسبية وبين الامر بالاتفاق ليكون ديناً عليه فعند الاطلاق لا يثبت الا اذا ناهم افلا يثبت ديناً عليه الا بالتنصيص وهذا بخلاف صاحب العلواذ بنى السفل حيث يرجع على صاحب السفل وان كان بغير أمر القاضى لانه مضطر فيه لان القاضى لا يجبر صاحب السفل على البناء وبخلاف معبر الرهن لانه مضطر في تخليص ملكه ولو أجبر القاضى المستعبر على أداء الدين بما يقدر ور بما لا يقدر (قوله) وهي فرع مسئلة الخمر) فذهب أبي حنيفة رحمه الله أن القاضى لا يلى على الحاضر وعندهما يلى عليه كذا في الايضاح يعني عند أبي حنيفة فلو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره يصير محجوراً عليه ولا يملك حجره بخلاف حال غيبته فان فيه ضرورة وعندهما يملك الخمر فينفذ حال حضرته وغيبته والله أعلم بالصواب

(باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز)

يجعله ديناً عليه بالتنصيص لان أمره ههنا ليس لازماً فانه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك متردداً بين الاتفاق حسبية وتدينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله (وهي فرع مسئلة الخمر) فذهب أبي حنيفة أن القاضى لا يلى على الحاضر وعندهما يلى عليه يعني عند أبي يوسف ويحرم ذلك ما تعذر جبر القاضى على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته وعند أبي حنيفة فلو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة

(باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز)*
لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتثانه وما لا يجوز اذا تفصيل انما يكون بعد الاجمال قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس يصح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أولم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ايس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العدة لا شرط جوازه

وقال

كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العدة لا شرط جوازه

(باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز) (قوله بناء على أن القبض شرط تمام العدة) أقول يعني أن الحكم يكون الباطل مفسداً فيه لا كره بناء على أن القبض الخ لانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول بخلاف لما قدمته يدا

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليل لان أصل دليله ومطامعه قد علم في ضمن ذكر دلائله على ما يظهر ودليلنا موقوف على مقدمته أي أن العقود شرعت لأحكامها فإذا كان الحكم كان العقد غير معتبر (٨٣) وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم

الرهن ثبوت بدلا استيفاء
على ما تناوله العقد لما يئنا
أنه وثيقة الجانب الاستيفاء
وثبوت بدلا استيفاء فيها
تناوله العقد وهو المشاع غير
متصور لان البدن ثبت على
معين والمرهون من المشاع
غير معين والمعين غير
المعين فتكون البدنية
على غير المرهون وفيه فوات
حكمه وأدرج المصنف رحمه
الله دليل الشافعي رحمه الله
بين الوجهين وهو قوله
وعنده المشاع يقبل ما هو

الحكم عنده وهو تعينه للبيع
فيكون تقرير كلامه حكم
الرهن تعينه للبيع والمشاع
عن يجوز بيعه فحكم الرهن
يجوز في المشاع وإذا كان
الحكم منصورا كان العقد
مفيدا وتقرير الثاني أن
موجب الرهن أي موجب
حكمه يعني لازم هو الحبس
الدائم لانه لم يشرع الا
مقبوضا بالنص وهو قوله
تعالى فهران مقبوضة
أو بالنظر الى المقصود
وهو الاستيثاق من الوجه
الذي يئنا يعني ماصر
من قوله وليكون عاجزا عن
الانتفاع فيفسار الى
قضاء الدين لحاجته أدر
لضجره

(قوله وتقرير الوجه الأول

من كلامه حكم الرهن

من كلامه حكم الرهن الصحيح ثبوت بد

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يثبت على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت بدلا استيفاء وهذا لا
يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع قبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني أن
موجب الرهن هو الحبس الدائم

إذا ظهر أنه على قوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس يصح إذا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس
بما لم يكن الرهن مالا ولا مال يمكن المقابل به مضمونا فان الشروع لا ينافي المالبية قطعا حتى يكون رهن المشاع
بما لم يكن الرهن مالا وكذا الشروع في الرهن لا يقتضي أن لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما إذا كان
المقابل به مضمونا أيضا كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن
لا شرط جواز ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي
مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه على قوله وما نحن فيه ليس
كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه على قوله وما نحن فيه ليس
فيما إذا لم يكن الرهن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام
العقد لا شرط جوازه يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد
لا شرط جوازه فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لانه مع كونه
افضل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما ياتي جسد كون قوله بناء على أن القبض الى آخره على ما قبل ذلك
لا يصح بناء على أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من المصوتين على أن القبض شرط تمام
العقد لا شرط جوازه قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فان مجرد انتفاء شرط الجواز
لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم
بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا
لا غير وبدل على ذلك كما إذا كثر في الذخيرة والغني ونقل عنها في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن
مالا يكون منعقد أصلا كالباطل من البيوع والقاسد منه ما يكون منعقد السكن بوصف الفساد كالمقاسد من
البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا فكل موضع كان الرهن مالا والمقابل به
مضمونا لا أنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض
شرط الجواز في كل موضع لم يكن الرهن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا ولا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر
(قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول ان أراد
بقوله انه لم يشرع الا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجر الا مقبوضا يكون هذا القول من مناقض المأذ كره في صدر
كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وان أراد بذلك أنه لم يلزم الا مقبوضا لانه

(قوله وهذا) أي ثبوت بدلا استيفاء لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع فان قيل كيف يستقيم هذا والبيع
لا يمنع الاستيفاء حقيقة فان كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كبساقية عشرة ودرهما ليستوفي منه
حقه يصير مستوفيا حقيقة من النصف شائعا وإذا لم يمنع البيع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت بدلا استيفاء
قلنا موجب حقيقة الاستيفاء مال عين المستوفى والبيع لا يمنع الملك وموجب الرهن ثبوت بدلا استيفاء فقط
وذا لا يتحقق في الجزء الشائع فان قيل البدلية حقيقة غير معتبرة فان الرهن يتم بالتخلية قلنا الأصل ان تعتبر
الحقيقة لان الرهن عبارة عن الحبس فيجب اثبات الحبس بأقوى ما يتصور وهو الحقيقي الآن التمكن من
الحبس أقيم مقامه فلا بد من اثبات التمكن والتمكن من اثبات البدلية حقيقة غير ثابت في الشائع فلم تكن التخلية
تسكننا

ثبوت بدلا استيفاء (الح) أقول: قضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت بد

الاستيفاء

(وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع الامقبوض بالنص أو بالنظر الى المقصود (يتعلق بالدوام) أما علاقته بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهره فانه لو تمكن من الاسترداد (٨٤) وبما جحد الرهن والدين جميعا في غوث الاستيثاق وأما بالنظر الى النص فلانه لما وجب القبض

لانه لم يشرع الامقبوض بالنص أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يغني اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يغوث الدوام لانه لا بد من الماهيا، فيصير كما اذا قال رهنتك يوما وبالمال ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة المالك والمشاع يقبله وههنا الحكم بثبوت بد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه الى الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم المالك وبما يحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما وبالمال والشبوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم لا بداء فاشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فلا بداء والبقاء سواء كالحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو المالك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولا رهن ثمر على رؤس الخيل دون الخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن الخيل في الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بهون خلة فمكان في معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون الخيل أو دون

التقريب اذا ادعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لاعدم لزومه فقام في الدفع (قوله أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فتراع الى قضاء الدين لحاجته أو اضجره انتهى واقفي أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع في تسارع الى قضاء الدين لحاجته أو اضجره أقول عال المصنف

(قوله لم يشرع الامقبوض بالنص) وهو قوله تعالى فهران مقبوضة (قوله من الوجه الذي بيناه) وهو صيانة حق المرتهن عن اتوى بالحدود واضجار الرهن ليسارع الى قضاء الدين (قوله وكل ذلك) أي القبض والاستيثاق يتعلق بالدوام ولا يغني اليه أي الى الدوام (قوله ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها) أي للوجه الاول وهو ان حكم الرهن بثبوت بد الاستيفاء وهو ينافي حكم الرهن فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها الان ماذا كثرنا من المعنى وهو عدم قبول المشاع حكم الرهن لا يفصل بخلاف الهبة لان المانع من جوازها ضرر جبر الوهاب على القسمة من غير التزام وذلك مخصوص بما يقبل القسمة ولذا سوي بين رهن المشاع من شريكه وغيره على هذا الوجه وهو الوجه الاول وعلى الوجه الثاني أيضا لا يجوز من شريكه لانه يغوث دوام الحبس بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما وبالمال وقوله يسكن يوما بحكم المالك وبما يحكم الرهن أولاده الحبس بحكم الرهن لانه يسكن لانه ممنوع عن الانتفاع بالرهن (قوله والشبوع الطارئ) بان رهن جميع العين ثم تغاصها العقد في النصف ورد المرتهن يمنع بقاء رهن أي في النصف الثاني في رواية الاصل وهو الصحيح حتى قالوا في العدل اذا ساط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه بطل لانه في النصف الباقي للشبوع الطارئ وعن أبي يوسف رحمه الله ان الشبوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم الرهن كمالا يمنع بقاء الهبة لان البقاء أسهل من الابتداء ألا ترى أن صبرورة المرهون في ذمة غير المرتهن تمنع ابتداء الرهن ولا تمنع بقاءه حتى اذا تلف المرهون انسان أو بيع المرهون ثمن تكون القيمة والتمن رهن في ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن مضافا الى دين في الذمة لا يجوز وجهر رواية الاصل أن الكلام وقع في المحل وما يرجع الى المحل فلا بداء والبقاء سواء كالحرمية في النكاح فان قيل اذا زوج الاب ابنته من مكانته جاز ولا يبطل موت الاب وان تزوجت مكانتها ابتداء لا يجوز فلنلان المكتاب لا يملك بسبب من أسباب المالك فكذلك بالو رانثوقيا اذا تزوجت مكانتها انما

ابتداء وجب بقاء لان ما يتعلق بالمحل فلا بداء والبقاء فيه سواء كالحرمية في النكاح وقد علمت أن حر الرهن عندنا بثبوت بد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويغوث في المشاع والادعى الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال أحدهما يبنى على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كالمسألة وقوله (ولا يغني اليه) أي الى دوام الحبس من تمام الدليل يعني ثبت أنه لا بد من الدوام ولا يغني اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق الحبس في المشاع لانه لا بد من الماهيا فذكره يقول رهنتك يوما دون يوم ولا تملك في عدم استحقاق الحبس سوى يوم يغوث الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أي ولان الدوام يغوث في المشاع تساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب (وقوله ولا يجوز) أي الرهن (من شريكه) على

الوجهين جميعا ما على الوجه الاول فانه لا يقبل حكمه وأما على الثاني فلانه يغوث به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشبوع الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتغاص في البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح قال (ولا رهن ثمر على رؤس الخيل دون الخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلمته

فان الاصل الجامع ان اتصال
المرهون بغدير المرهون
ينسخ جواز الرهن لانتفاء
القبض في المرهون وحده
لاختلاطه بغديره وقوله
(بختلاف المتاع في الدار)
يعني اذا رهن دارا مشغولة
بامتعة الراهب يصح الرهن
لانهم المالك يمكن تابعة للدار
بوجه لم تدخل في رهنها من
غير ذكرها فنفي القبض ألا
تري أنه لو باع الدار بكل
قليل وكثير هو فيها ومنها
لم تدخل الامتعة بخلاف
ما لو باع الخيل بكل قليل
وكثير هو فيها ومنها فانه
تدخل الثمار فتدخل في
الرهن لاتصالها بهم خلقة
وقوله (ولو استحق بعضه)
يعني بعض الرهن بأن
رهن دارا أو أرضا فاستحق
بعضها فما كان يكون الباقي
غير مشاع بأن كان المستحق
جزأ معين غير مشاع أو كان
مشاعا فان كان الاول صح
الرهن لانه تبين أن الرهن
من الابتداء كان مابقي
وهو غير مشاع وكان جائزا
وان كان الثاني تبين أن
الرهن من الاول مشاع وهو

(قال المصنف لان الشجر
اسم للثابت) أقول يعني
اسم للثابت المختلط للأرض
اذا المشجرة هي المختلطة

الزروع أو الخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالمعارفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس
بمرهون لم يجوز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لان
الشجر اسم للثابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اهم
للمبنى فبصرف رهنها جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن الخيل بمواضعها جائز) لان هذه مجاورة
وهي لا تمنع النخلة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فدخل تبعاتصفا لا بعقد بخلاف
البيع لان بيع الخيل بدون الثمر جائز لا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث
لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجهه ما وكذا يدخل الزرع والربطبة في رهن الارض ولا
يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (و يدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقربة) لما ذكرنا
(ولو رهن الدار بمافيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنها بخصته ولا
يطل كانه) لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة وكذا
متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الجمل عليها فلا يتم حتى يلقى الجمل لانه شاغل لها بخلاف ما
اذا رهن الجمل دونها حيث يكون رهنها تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو في
وعاء دون الدار ولو عا بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لحما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث

ففيما ركون الرهن وثيقة الجانب الاستيعاء بعلمين حيث قال يقع الامن من الخوف وخفاة تجود المرتهن الرهن
وايكون عاجزا عن ادفعه في تسارع الدين لحاجته أو اضجره انتهى لم يتشعرى ما حل هو لا السراح على
سليم قول المصنف ههنا من الوجه الذي يراه على العلة الثالثة فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر أو على
العلة الاولى لتقدمها في الذكر هناك والعجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك
يتعلق بالدوام أي كل ما مر من قوله الامقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام وقال أما تعلقه
بالدوام بالنظر الى المقصود بظهوره فانه لو تمكن من الاسترداد رهن بما جدد الرهن والدين جميعا فيقوت الاستيناف
انتهى ففسد جعل مدار الاستيناف في البيان هو الاله الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر

لا يجوز لان الملك ثابت لها من وجهه وكما كالمملوك من وجهه ومن كل وجهه لا يجوز بخلاف الهبة لان
المشاع يقبل حكمه ما هو الملك واعتبارا قبض في ابتداء لنفي الغرامة على ما بينا في كتاب الهبة وهو قوله في
اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ولا حاجة الى اعتباره في حله البقاء ولهذا
يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن (قوله لان اشجر اسم للثابت) وانما اسمي
بعد القطع جذعا لا شجرة او كان استثناء للمثبت فكان رهنها مساوي للمثبت من الارض وذلك جائز بخلاف
رهن الارض دون البناء اذا البناء اسم للموضوع على وجهه الارض فكان رهنها لجميع الارض وذلك مشغول
بملك الراهن (قوله ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنها بخصته) وهو فيما
اذا بقي الباقي شيئا غير مشاع والابطال كله يعني فيما اذا بقي الباقي مشاعا وهي قوله رهنها بخصته أي مضمونا
بخصته كما اذا ملك الباقي يقسم الدين على قيمة الباقي وقيمة ما تحقق ف أصاب الباقي بملك بخصته وما أصاب
المتحقق يبقى دينه في ذمته وان كان في قيمة الباقي وفاء بالدين لا يذهب جميع الدين بخلاف ما لو رهن الباقي
ابتداء وفيه وفاء بالدين (قوله ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة) حتى لو أخرج الراهن
متاعه وكان هو مع المرتهن فيها فائلا سلمت اليك لا يكون تسليما حتى يخرج ويقول سلتها اليك (قوله لانه
شاغل لها) فالخامس انه لا يتم تسليم المشغول بالراهن أو بملكه الا بالارزاق الشواغل بخلاف ما اذا كان لرهن
شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه كما اذا رهن الجمل على دابة أو المتاع في دار أو وعاء دون الدابة والدار والوعاء
حيث يتم التسليم قبل اسقاط الجمل واخراج المتاع عن الوعاء وادار لان المرهون فيها شاغل لا لمشغول بخلاف
ما اذا رهن سرجا على دابة أو لحما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يتم الرهن حتى يترعه منها

مائع وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله اذا رهن دابة عليها لحام أو مرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً وقوله (ولا يصح الرهن) (٨٦) بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك

لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كلودائع والعوارى والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المصوب وبديل الخلع والمهور وبديل الصلح عن دم العمد يصح الرهن به لان الضمان متقرر فانه ان كان قائماً وجب تسليمه وان كان هالاً كان يجب قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء والاستيفاء قبل الوجوب وازدادة التملك الى زمان في المستقبل لا تجوز أما الكفالة فلا تزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافاً الى المسائل كفي الصور والصلاة وهذا تعص الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهو له عند هلاك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنك هذا تقرضني ألف درهم وهالك في يد المرتن حيث يملك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنك هذا تقرضني ألف درهم وهالك في يد المرتن حيث يملك بما سمي من المال بمقابلته) قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يملك بالاقبل من قيمته وبما سمي له من يسلمه لانه تبع للدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل في الرهن من غير ذكر (قوله لان القبض في باب الرهن مضمون) أي قبض بصير به المقبوض مضموناً على اقتباس بقدر الدين فلا بد من ضمان على الرهن حتى يصير الموهون مضموناً على المرتن بقدر ذلك الضمان وليس في الامانات ضمان فان حق صاحب الامانة مقصور على العين (قوله وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالبيع) بان اشترى عيناً ثم ان المشتري أخذ رهنها من البائع بالمبيع فان الرهن باطل لان المبيع ليس بمضمون ألا ترى انه اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئاً ولكن به يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن به بل هو ملك بغير شيء لانه اعتباراً للبطل بقبض باذنه وانما سماه مضموناً بغيره باعتبار سقوط الضمان ان لم يقبض ورده اذا قبض والا فهو ليس بمضمون لانه اذا هلك يملك ملك البائع فلا يجب عليه شيء كما اذا هلك الوديعة فان قيل ينبغي ان يصح بعد قبض الثمن لانه بعد قبض الثمن كالمقصور في يد الغاصب من حيث انه لو هلك يجب على الغاصب في ماله شيء وهو القيمة والمبيع بعد قبض الثمن كذلك لانه لو هلك يجب على البائع شيء في ماله وهو رد الثمن قلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الضمان بعد أخذ الثمن ضمان الاخذ لا ضمان المبيع وهذا يجب القيمة ولو كان ضمان المبيع لوجب القيمة كفي المقبوض على سوم الشراء (قوله والرهن بالدرك باطل) وتفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض منها وسلمها الى المشتري وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك أو لم يحل فاذا هلك الرهن عنده كان أمانة تحل الدرك أو لم يحل لانه لا عقد حيث وقع باطلا (قوله ولا استيفاء قبل الوجوب) لان الواجب هو الذي يستوفي وضمنان الدرك هو ضمان عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق ولا يصح مضافاً الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا تختمل الاضافة لان اضافة التملك الى زمان المستقبلي لا يجوز أما الكفالة فمفسوعة لان التزام المطالبة لا لالتزام أصل الدين ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز ولو رهن ما لا عند رجل بما يذوبه عليه لا يجوز (قوله يملك بما سمي من المال بمقابلته) أي اذا كان الموعود مساوياً بالقيمة الرهن أو أقل منه اذا كان الدين

هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئاً ويسلمه الى المشتري فخاف المشتري أن يستحقه أحد فذاخذ من البائع رهناً بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتن حبس الرهن ان قبضه قبل الرجوع استحق المبيع أولاً وأما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع ذكره أولاً لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع وأما اذا ضمنه فله يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما أو لم يقض وهذا بناء على أن المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما أبداً ونرضى البائع أو قضاء القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتائج أو التلقي من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يملك أمانة وصورته

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن ينسخ البيع (قوله باعبار) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة السكاكي محالاً على فصول الاسترواخي (قوله لان احتمال اقامة البائع وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة السكاكي محالاً على فصول الاسترواخي (قوله لان احتمال اقامة البائع البينة على النتائج والتلقي من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد) أقول والا فرب احتمال اجازة المسحق البيع

ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للبعد وازدفعنا الحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل الموعود في الدرك موجودا الاشتراك في الحاجة أوجب بان الموعود يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره (وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده) أي وجود الدين ولا مقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (في معنى له) أي الذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بمسمى من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا اذا تساوى (٨٧) قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن

أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القهقهة وفيها نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوي بين المقبض والمقبض عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لأمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موعودا فبقدره ضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتهن ما قبضه من الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله

باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم و بئمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولأن المجانسة ثابتة في المسالية فيحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار للباطل فبقى قبضا باذنه (وان هلك الرهن بئمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد ثم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقيق القبض حكما (وان افترا قبل هلاك الرهن بطلا)

القرص ألا ترى الى ما قال الامام الاسيحاوي في شرح الطحاوي ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهاك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقبل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يهلك بمسمى من المال بمقابلته هذا اذا تساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذا اظهر أن يساوى الدين انتهى وافق أثره صاحب العناية أي قول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يمتثل فيها اذا تساوى قيمة الزهدين الموعود وهو مسمى له من القرض يمتثل أيضا فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البين هذا اذا تساوى قيمة الرهن مسمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من الموعود أكثر من قيمة الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن لانه يقع الاستيفاء بهذا القدر تقدر برا (قوله لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة) فكان الرهن حاصلا بعد القرض حكما ذا الظاهر أن الخلاف لا يجري في الوعد فكان مقضيا الى الوجود غالب الخلاف الرهن بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا غالبا اذا اظهر ان المسلم يبيع مال نفسه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فاعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته في ايجاب الضمان غير أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم الرهن مضمون بمسمى بالقيمة لان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان مبتدأ فيقدر بالدين ضرره وضمان المبيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجب مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب (قوله فيضمنه) أي الاقل من قيمة الرهن ومما سمي (قوله لان حكمه الاستيفاء) أي حكم كل واحد من ثمن الصرف ورأس المال والمسلم فيه (قوله وهو المضمون) أي المسالية المضمونة في عقد الرهن لان العين أمانة في يده فاذا كان مضمونا من

حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس بأستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدال او باب الاستبدال فيها مسدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المسالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المسالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كالمالك الرهن عند ائتمانه كان كفته على الراهن والاعيان من حيث المسالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المسالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا المجانسة من حيث المسالية في الرهن لقيام الدليل على (قوله وهذا اذا تساوى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمة ذلك بمسمى أيضا قوله (وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاضوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر ايجاب المسمى) قول لا تنفاه البيع وان وجد القبض بجهة

كونه مضمونا من حيث المالبته على تعذر تلك العين لكونه أمانة في الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه الى تلك العين أيضا وقوله (لغوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان المرثمن انما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس به) بالرفع ليكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء قوم مقامه كالرهن بالغصب اذا هلك فانه رهن بقيمة وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبس به لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كالمالك لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير رهنه بالدنانير رهنا ثم أبراه المرثمن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه (٨٨) وهو رأس المال وقوله (هالك بالطعام) يثير الى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرثمن وهو

رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذي كان على المسلم اليسويا خذ رأس المال لان قبض الرهن صار مالبته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار هلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبض الاقالة ثم تقايلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتل الغسخ بعد ثبوتها فذلك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشغلت بماله الرهن من الدراهم بقدر ماله الطعام وله على المسلم الدين من جنس ماله الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام أجيب بأن المسلم ان ماله الرهن ههنا من الدراهم فان تمد بماله الاشياء بالذمة قد ايسر بحتم وانما جاء الشرع بتقديره مائيسرا فلا يقتضي الجزع على انتقير بغيره او لما جعل الرهن بالطعام مع ما جاء به عقدية فاه كان ذلك منها تعدير المالبة بالطعام تحقها لغرضه فافسك ان الرهن من جنس الطعام تعديرا فمده لا كما اشغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ماعليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقي القصاص بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقرة لما صرنا انما لا تحتل الغسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى ثمنه له أن يحبس به) يعني أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لانه لا يملك لان العبد هالك بمنزلة لرهن عند المشتري لانه يملكه ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك قيمته قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقين) يعني حق الحرية ولهذا لو طرأت هذه التصرفات ابطالته فاذا

قوله (حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن (قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم رد الطعام اذ الكلام فيه كالأجنبي

لغوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخ السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس به) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمة (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يملك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنا به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا المبيع له أن يحبس به لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يملك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شرا فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبس به لستوفى الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يملك بقيمة فكذلك اذا

ذلك فملك بقيمة الرهن اذ قد تقررت بما سار أن الرهن مضمون بالاقول من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر ههنا قوله حيث يملك بماسمي له من الغرض في صورة الاطلاق جريا على ما هو اظهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يملك بالثمن لما بينا) قال جهوه والشرح يريد

حيث المالبة والاموال كلها جنس واحد من حيث المالبة فتحقق المجازية قوله ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يملك بالطعام المسلم فيه) حتى يجب عليه رد مثل الطعام المسلم فيه لقبض رأس المال وانما كان كذلك لان لرب المال حق حبس الرهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وحقه في المسلم فيه عند قيام العقد وفي رأس المال عند فسخه فله أن يحبس الرهن بكل واحد منهما كمن ارث من بالغصب فله أن يحبس الرهن بقيمة لان الواجب بالغصب استرداد الغصب عند قيامه والقيمة عند هلاكه فذلك لرب الرهن في يد رب المال فعليه أن يعطى مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس ماله لان قبض الرهن صار مالبته مضمونة بالطعام المسلم فيه وقد بقي حكم الرهن الى أن يهلك الرهن فصار هلاك الرهن مستوفيا طعاما منه من حين قبض فصار كانه قبض الطعام ثم تفاسخ وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتل الغسخ بعد ثبوتها فذلك الرهن لا يبطل الاقالة وانما يملك بالطعام لرأس المال لانه مرهون بالطعام وانما يظهر أثره في رأس المال في الحبس لانه بدله وفاقم مقامه فاذا هلك يملك بالاصل كذا في المبسوط (قوله وان كان محبوسا بغيره) أي وان كان الرهن محبوسا بغير المسلم فيه وهو رأس المال (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه رهن به (قوله وكذا لو اشترى عبدا شرا فاسدا أدى ثمنه) ثم أراد فسخه لفساده أي للمشتري ان يحبس العبد لستوفى الثمن لان العبد

قال

كانت مقارنة منعه وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لعينين أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهم أجاريان في القصاص في النفس ومادونه وأما الورهن عن بدل الصلح فيها فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به ارهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك بنفسه الصلح فكان كالمبيع وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفعة ويقضى القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهنا بالدار المشغوعة وقوله (حتى لو ضاع) يعني (٨٩) الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقاله شيء مضمون ألا ترى أنهم

لورفعوا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يامر المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعني بالاقبل من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن البائع والمشتري لو اخضعا الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يصير رهنه

قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالبة في الحر وقيام المانع في الباقي ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس ومادونها تعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء (ولا باجرة الناحية والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقاله شيء مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن نجرا أو يرهنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الايقاع والاستيفاء في حق المسلم ثم الرهن اذا كان ذميا فالحر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كمالا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانهم اموال في حقهم أما المينة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارنهم فيها يضمنهم كمالا يجوز فيه ما بين المسلمين بمال (ولو اشتري عبدا ورهنه بئنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو اخل نجرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا (وكذا اذا قتل عبدا ورهنه بقمته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بمصالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه

به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سد لادن كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا ترى أن رأس المال في المسئلة الاولى كان بدل الطعام المسلم قيمه مع أن هلاك الرهن بعد التنازع هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بيننا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بماله الاصل حين انعقاد الرهن وان كان

هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء الثمن من البائع في البيع الفاسد وقد ذكر في فصل أحكام البيع الفاسد من هذا الكتاب وليس للبائع أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فصار محبوسا كالرهن (قوله ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس) وكذا بالقصاص لعينين أحدهما ان استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وإنما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس ومادونه لانه لو رهن ببديل الصلح عن دم العمد يصح لان البدل مضمون بنفسه وهذا بخلاف ما اذا كان القتل خطأ فصالحه على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك بنفسه الصلح فصار كالمبيع كذا في الايضاح في آخر ما يجوز به الارتهان (قوله ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري اذ لو هلك لم يلزم المشتري ضمان ولا باجر الناحية والمغنية حتى لو ضاع أي الرهن لم يكن مضمونا لان الرهن حصل بمال ليس بواجب أصلا ألا ترى أنهم مالوا ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر كذا في الذخيرة (قوله لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف) لانه آكد من الدين الموعود (قوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) الرواية المحفوظة

(١٠ - تسكملة الفتح والكفاية) - تاسع (الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعني أن الرواية

(قوله وقوله لما بيننا يريده قوله لان الثمن بدله) أقول بل يريده قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تامل في تصحيحه وذلك بتقدير المضاف أي من رهن الارش ولو قال لان استيفاء الارش من الرهن لسكان بعبد من التكليف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يبعد أن يدعى انطواء التعليل الاول على الثاني فان تعذر استيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقاله اذا الاستيفاء تلو الوجوب على ما مر

عن أبي يوسف محفوظ في مسئلة الصلح عن انكار والمشايع قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم السائل الباقية مسئلة العبد والمخل والشاة كذلك وقوله (لابنه الصغير) احتراز عن الابن الكبير فإنه لا يجوز للاب أن يرهن عبده بدن نفسه الا باذن الابن وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وهذا أنظر في حق الصبي فان هلك (٩٠) الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت

قال (ويجوز للاب أن يرهن بدن عليه عبد الابنه الصغير) لانه ذلك الايداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه بأبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك لم يملك مضمونا ولو ديعتتملك أمانة الوصي بمنزلة الاب) في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منه ما هو القياس اعتبارا بحقيقة الايداع وجه الفرق على الظاهر وهو الاحتسان أن في حقيقة الايداع ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لملكه باجرام بقاء ملكه فوضع الفرق (واذا جاز الرهن بصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده وبصر الاب) أو الوصي (موفيا له ويضمن للصبي) لانه قضى دينه بملكه وكذا الوسيط المرتهن على بيعه لانه لو كبل بالبائع وهما على كانه قالوا أصل هذه المسئلة البيع فان الاب أو الوصي اذا باع مال الصبي من غير نفسه جاز وتقع المقاصتو يضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصتو وكذا وكيل البائع بالبائع والرهن نظير البيع نظر الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابنه صغير أو عبده تاجر لادين عليه جاز) لان الاب لو فور شقيقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارة مقام عبارة ابن في هذا العقد المرهون محبوبا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وجمذا يتم كون المسئلة الثانية نظيرا للمسئلة الاولى تأمل تفهم (قوله) وكذا الوسيط المرتهن على بيعه قال صاحب التمايه أي كما أن الاب والوصي يضمنان له بي عن أبي يوسف رحمه الله في مسئلة الصلح عن الانكار ان المرتهن لا يضمن اذا تصادفان لادين ولم يحفظ رايته في مسئلة من اشترى عبدا ورهن بمن ثم ظهر العبد سحر أو أخوانها ولكن وجدوا تلك المسائل كمسئلة الصلح على الانكار فقلوا قياس قول أبي يوسف رحمه الله في هذه المسائل يقتضي ان لا يكون الرهن مضمونا وفي الايضاح بعد ما ذكر مسئلة من اشترى عبدا ورهن بمن ثم وأشترى خلا أو شاة الى قوله فالرهن مضمون ثم قال ويجب على قول أبي يوسف رحمه الله ان لا يضمن لانه قبضه وليس هنالك ضمان في الحقيقة (قوله ويجوز للاب ان يرهن بدن عليه عبد الابنه الصغير) قيد بالصغير لان الابن لو كان كبيرا لا يجوز (قوله والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه) وهو قوله لانه ذلك الايداع وهذا أنظر في حق الصبي منه (قوله ويضمنه للصبي) وفي الذخيرة والمعنى اذا صح الرهن بينهما وهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت القيمة تشمل الدين وان كانت القيمة أكثر من الدين يضمن مقدار الدين ولا يضمن الزيادة لان الاب والوصي فيما زاد مودع مال الصغير وفي اللادسلى اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي يضمن بقدر القيمة لان الاب ان ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي كذا ذكره الامام النجاشي (قوله وكذا وكيل البائع بالبائع) يعني اذا كان للمشتري على وكيل البائع دين كان على هذا الخلاف يقع المقاصتو عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله (قوله والرهن نظير البيع) نظرا الى عاقبة الرهن من حيث انه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضمانا لملكه للصبي وفي البيع كذلك فإنه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضمانا لملكه (قوله واذا رهن الاب من نفسه) أي رهن الاب متاع الصغير من نفسه يدين له على الصغير فكان الاب راها بطريق النيابة عن ابنه الصغير ومرتها أيضا بالنظر الى أنه يأخذ متاع الصغير وهما لنفسه يدين له على الصغير (قوله أو من ابنه صغير) أي رهن الاب متاع ابنه الصغير من ابنه أو من غيره بان يكون لرجل ابنان صغيران فصار لاحدهما دين على آخر بوجه من الوجوه فرهن الاب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رهن الدين (قوله أو عبده) أي للاب عبد تاجر ولهذا العبد التاجر دين على الصغير يعني رهن الاب متاع ولده الصغير من عبد نفسه (قوله لادين عليه) أي

مثل الدين وان كانت القيمة أكثر من ثمنه مقدار الدين دون الزيادة لان حافيتها مودع وله مال الولاية على ذلك وقوله (وعند أبي يوسف لا تقع المقاصتو) بل يتبقى دين العريم على الاب كما كان وبصر للصغير الثمن على المشتري وقوله (واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الاب واحد والمرتها بالنسبة الى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيأ رهنًا من متاعه فيكون رهنًا من جهة ابنه ومرتها لذاته وقوله (أو عبده تاجر لادين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب أولى فالرهن الوصي من عبده ولا دين عليه لم يجز وذلك لاننا جعل رهنه من عبده الذي لادين عليه في الموضعين كرهته من نفسه الآية لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على أن يبيع الاب مال ولده من نفسه جاز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع

كما

قال المصنف وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منه ما هو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا راية طاهرة عن زفر فلا يناسبه كالمعة عن (قوله لادين عليه في الموضعين) أقول يعني الاب والوصي (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة لا يقال بنى

كفى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهنه عنده من اليتم بحق لا يتم عليه لم يجز) لانه وكيل محض والواحد لا يولى طرفي العقد في الرهن كالأيت ولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخافاه بالاب والره من ابنه الصغير وعنده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعنده الذي عليه دين لانه لا يملكه عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا نهية في الرهن لان له حكماً واحداً (وان استدان الوصي لليتم في كسوته وطعامه فمن به متاعاً لليتم جاز) لان الاستدانة جائزة للتجارة والرهن يقع ايضاً للعق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتم فارتهن أو رهن) لان الاولى له التجارة ثمير المال اليتم فلا يجزى من الارتهن والرهن لانه ايضاً واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس لابن أن يردده حتى يقضى

اذا هلك عده الذي وهناه عند المرتهن فكذلك يصح ان اذا سلبط المرتهن على بيعه فباعه انفسى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يأتى عنه جداً قول المصنف في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما على كانه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصى كايحوز لهما أن رهنه بدين عليه ما عدا الصغير كذلك يجوز لهما أن يسلبط المرتهن على بيع ذلك العبد فينتظم التعليل المذكور ووجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلبط المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئاً آخر وهو أن يقول وأخذت منه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهنه فوضع عينه لم يتلفه لانه لا شيء لاصي لانهم ما كان رهن مال الصبي بدين عليه ما عدا ملك التوكيل ببيع ماله في أن يارنهم ما اضمين بجزء تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخافاه بالاب) قلت قوله الخافاه بالاب لانه لا يملكه لأب في دون الذي تأمل تقف (قوله

على العبد وانما قيد به لان الشبهة انما ترد فيما اذ لم يكن على العبد دين لانه حينئذ يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه لان كسبه عده الذي لا دين عليه ولكن هو غير مانع لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذلك هنا وما اذا كان على العبد دين فلا شك في جواز الرهن حتى ان الوصي يشارك الاب في جواز الرهن في هذه الصورة وفي مبسوط شيخ الاسلام وان رهنه من عده تاجر فانه جائز سواء كان على العبد دين أو لم يكن وأما اذا كان على العبد دين فانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب أولى وأنه أعظم ولا يمتن الوصي فان لم يكن عليه دين فانه يجوز من الاب بخلاف الوصي اذا رهن من عده ولدين عليه وذلك لاننا جعل ما رهنه من عده ولدين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا أنه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عده والوصى لو رهن من نفسه لا يجوز فكذا من عده ثم انما جاز رهن الاب من نفسه ولم يجز رهن الوصي من نفسه لان بيعه مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضموناً بالقيمة وأما بيع الوصي من نفسه لا يجوز عندهم جميعاً بمثل القيمة فكذلك لا يجوز رهنه من نفسه لانه مضمون باقل من قيمته ومن الدين (قوله ولو ارتهنه الوصي من نفسه) بان كان له على الصبي دين (قوله أو من هذين) أي ارتهن الوصي متاع الصغير لاجل ابنه الصغير الذي له دين على اليتم وأرتهن الوصي متاع اليتم لاجل عده التاجر الذي لا دين عليه اذا كان له دين على اليتم أو رهن الوصي عين نفسه من اليتم لاجل دين على الوصي لليتم لا يجوز ورهن الوصي من ابنه الصغير وعنده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه فلا يصح كالأيت رهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وعنده المدبون لانه من كسبهم بمنزلة الاجنبي وهم أحق بالسكسب منه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يبيع من هؤلاء لانه في البيع متهم وفي حق الرهن لا يكون متهماً لان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون باقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عنده هؤلاء أو عند اجنبي فلا تنتهأ التهمة فتعصر فره معهم (قوله وان استدان الوصي لليتم في كسوته وطعامه) أي اشترى بدين كسوة لليتم أو طعامه (قوله واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك

الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعاً بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالصغير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعنده الوصي وقوله (لان له حكماً واحداً) يريد كونه مضموناً بالاقبل من القيمة والدين سواء رهنه عنده هؤلاء أو عند اجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقاً لانه لو كان حياً كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن من المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذلك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطرب فيه على ما ذكر في الكتاب

كلامه على الاعسم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله) فان كان الرهن لنفسه أقول أي لمصلحة نفسه

(الدين) لو وقع لازمان جانبيه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيام مقامه (ولو كان الاب وهن لنفسه فقضاء الابن رجوع به في مال الاب) لانه مضطرفه لحاجته الى احياء ماله كما فيه معنى الرهن (وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه) لان الاب يصير قاضيا بدينه بجماله فله ان يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه و بدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين (فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد) لا يفتائه بدينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذ لم يكن الاب أو وصي الاب (ولو رهن الوصي متاعا للدين في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضياع في الدين الوصي فانه يخرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما ينبغي ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصي)

ولو رهنه بدين على نفسه و بدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه و رهنه ما ذلك لدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد ما يتحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر ان الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه و بدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لا يناسب سياق كلامه و أيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذ لم يكن الاب أو وصي الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه و بدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أرادهم ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه و بدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن رهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينه ما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس انتهى أقول في هذه السكينة منع ظاهر ألا يرى أن انسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاجزاء والاشجار مثلا ولا يطبق تحمل السكينة قطعاً وان رجلاً شجاعاً يطبق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر معاً وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكأنه يجوز لرجل أن يجتمع كل واحد من الاثنين منفردة عن الاخرى بملك نسكاح أو بملك عين ولا يجوز له أن يجتمعهما معاً في الجماع بشئ من ذينك السببين ولعل سائر الشراح وصاحب السكينة تنبهوا لعدم صحة السكينة فقالوا في

الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضى الدين) أطلق رهن الاب متاع الصغير فادرك ولم يذكرانه وهن لدين الصغير أو لدين نفسه لان هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين ان يكون الدين دين الصغير أو دين الاب وقوله ومات الاب قيدا تغاقي وكذلك ذكر الاب ليس بقيد لان هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل أداء الدين اذا بلغ لا يختلف بين ان يكون الراهن أباً أو وصياً للصغير ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه واذا رهن الاب مالا ولده وهو وصي صغير فادرك فاراد رهنه ليس له ذلك لان الوصي لو رهن مال الصغير ما بدينه أو بدين الصغير ثم بلغ الصغير فاراد ان يرد ذلك لم يكن له ذلك فاذا فعله الاب وانه أعم ولاية أولى (قوله لو وقع لازمان جانبيه) أي من جانب الصغير (قوله وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه) يعني له ان يرجع في مال الاب (قوله) لان فعل الوصي كفعله بنفسه) أي كفعلي اليتيم بنفسه والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغاً فاهل متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهل في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفياً به باعتباره المديون ألا ترى ان حكم الرهن لا يثبت بد الراهن في الابتداء اذا جعل عدلاً فيها وكذلك لا يثبت حكم بد الاستعارة بعد ما رجوع الرهن الى الراهن واذا لم يسقط الدين به لانه رجوع المرتهن على الوصي بالدين كما يرجع به قبل الرهن و يرجع الوصي به على اليتيم وقد ضاع العين من

وقوله لاشتماله على امرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير بدين على نفسه و رهنه ما ذلك بدين على الصغير وذلك لانه لما ملك أن رهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينه ما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس وقوله (كفعله بنفسه) أي كفعلي اليتيم بنفسه وقوله (والحكم فيه هذا) يعني لو كان اليتيم بالغاً فاهل متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهل في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفياً به باعتباره المديون واذا لم يسقط الدين به لانه رجوع المرتهن على الوصي بالدين كما يرجع به قبل الرهن و يرجع الوصي به على اليتيم وقد

(قوله جاز أن يثبت لكل) أقول اذا لم يمنع مانع كافي الجمع بين الاثنين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما) قوله دون العكس) أقول كافي الوكيلين والوصيين لا يجوز

معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الوصي) لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الوصي (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للوصي) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته) لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الوصي بالاستعمال في حاجة نفسه فيعصى به الدين ان كان قد حل (فان كان قيمته مثل الدين اذ اده الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وان كانت قيمته اقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والغض لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده فضمننا لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقراء اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن باخذ نفسه بدينه ان كان قد حل و يرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعديل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين باخذ نفسه منه و يرجع الوصي على الوصي بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكبل والموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنهت بجنسها فلهكت هلكت بجنسها من الدين وان اختلفا في الجودة)

البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد من ماله على الاقرار فكذلك بدنه حاول لم يدوا على هذا المقدار شيئا لكن لا يخفى على العاقل المتأمل أن تعليلهم المذكور بدون تلك السكينة لا يفيد الشفاء في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال السكينة الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لسكينة واحدة من أجزاء المركب جاز أن يثبت للسكينة بان قال اذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما أقول هذا التقيد يحل بالمقام أما ولا فلان لتعليل المذكور لا يتم اثبات المدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان يمتنا في نفسه لما احتج الى ذكر جواز رهن الاب متاع الغير بدين على نفسه و بدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما واما انما فلا لانه لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للسكينة يجوز أن يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع سيما في الامور الهينة (قوله ولهذا قال في كتاب الاقراء اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه ما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون اقرا بالاستعمال في حاجة نفسه فانه متعد فيه ولهذا يضمنه اه أقول ليس ذلك بشيء فان الاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له اذ الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشرع اخذ مال يتقوم بحترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده كما في ذلك كما في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معني الغصب ولا في عدم لزومه شيء منها فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرا بالاستعمال في حاجته

مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم (قوله وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين الى المرتهن) وهذا هو الصواب وفي عامة النسخ قدر القيمة الى المرتهن وهذا هو وقع من الكاتب وهذا ظاهر لا يخفى فيه لاحد لان حق المرتهن في قدر الدين لا في قيمة الرهن (قوله يضمنه لحق المرتهن) وهو اقل من قيمته ومن الدين ولا يضمنه لحق الصغير وهو قدر الزيادة على الدين (قوله فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن باخذ نفسه بدينه) أي ياخذ المرتهن ماضيه الوصي بمقابلة دينه (قوله و يرجع الوصي على الوصي بذلك لما ذكرنا) أي لانه ليس بمتعديل هو عامل له

ضاعت العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله (يضمنه لحق المرتهن) يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله (ياخذ بدينه) أي ياخذ المرتهن ماضيه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه ليس بمتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنه بجنسها وهلكت هلكت بجنسها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا يعتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها التصرف لسكينة واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرا بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه (قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكبل والموزون كذلك وانما يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير

عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وأتى برواية الجامع الصغير لا يحتاجها إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمافيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابله الدين كما هو قوله (في الوجهين) برأيه ما يكون قيمته مثل وزنه أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله بمالك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله (ثم يملكه) يعني الراهن يملك الرهن الذي جعل مكان (٩١) الرهن الأول وقوله (واستيفاء الجسد بالردى جائز) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ

لأنه لا يعتبر بالجودة عند المقابلة بحسنها وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير فان رهن أربق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بمافيه) قال رضي الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الرافض لنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بحسنها واستيفاء الجسد بالردى جائز كما إذا تجوز ربه وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبه عذر التضمين بتعذر لنقض

(قوله وفي الجامع الصغير فان رهن أربق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بمافيه) قال في العناية وأتى برواية الجامع الصغير لا يحتاجها إلى تفصيل ذكره اهـ وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل اهـ أقول هذا كلام لغو لا يخفى أن رواية القدوري ليست بحاجة إلى تفصيل كثير مثل محتاج اليبر ورواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما احتجى يقال إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراد أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل كثير لا تدعى ما احتجى اليبر ورواية القدوري كما أنه المصنف في مقدار تمام جاني الورقة وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله إلى تفصيل ذكره فلهذا ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله

(قوله لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن) لما فيه من الضرر بالمرتهن لأنه يبطل حق المرتهن في الجودة فيتضرر به ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الرافض لنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بحسنها واستيفاء الجسد بالردى جائز كما إذا تجوز ربه وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبه عذر التضمين بتعذر لنقض

ولكن الأصح أن يقال واستيفاء الرديء بالجيد جائز وإنما قلنا أن هذا أصح الوجهين أحدهما أن الاستدلال بقوله كما إذا تجوز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الأصح أن يقال واستيفاء الرديء بالجيد لأن التجوز إنما يستعمل فيما اتأخذ الرديء مكان الجيد ولأن جواز استيفاء الجيد بالرديء لا شهادة واحدة فيه ولا يحتاج إلى الاستدلال بشئ آخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فإن وضع المسئلة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة أربق هي أقل من العشرة لردائه فكان المرتهن مستوفيا الرديء بمقابله جديده وأرى أن ما في النسخ حق ويغيد ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليتامل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن قبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض إلا بالرد والغرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب

وهو ما أن يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل إلى الأول لكونه متعنتا طالما ما يضره ولا المرتهن لأنه مطالب ولا وقبل يكون مطالباً لأنه يلزم تضمين الإنسان ملك نفسه لنفسه وإذا لم يكن نقضه تعذر التضمين وقوله (قيل وهذه أربعة ما إذا الخ) إنما يتصور جعلها (قوله وأتى برواية الجامع الصغير لا يحتاجها إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل (قال المصنف) وقيل هذه أربعة مما إذا استوفى الزوف مكان الجيد الخ) أقول فإن قلت لأولية لكون هذه فرع ثلاث دون العكس بل الظاهر

فربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمداً مع أبي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقهم من عندها أي أن يكون عندهما مقام ماله عليه من الدين والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلاً لرد بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قبل أن الزئوف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي إذا عذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة في مكان الجوده فكذلك في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجوده فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولو كان وجه هذه المسئلة مبتدأه أولى لأنه وجد ههنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفياً بدينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة وقوله (ولو انكسر الابريق) كان الكلام فيها من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه (٩٥) قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجب برالرهان على الفسك لأنه أن أجبر عليه فلما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من إجهة الرهن لا وجه له في الاول لأنه أي المرتهن يصير قاضياً بدينه بالجوده على الانفراد فإنه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جوده الابريق بالكسر وذلك ر بأول الثاني لما فيه من الاضرار بالرهان لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب والانكسار صار معيباً فيحصل اليه حقه ناقصاً لزم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فيفسر بناءً على أن يفتك بهما فيه أي بالدين الذي انكسر وهو جميع الدين

وقيل هذه أربعة ما إذا استوفى الزئوف مكان الجياد فهل سكت ثم علم الزئافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة وفي هذه مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عندها الزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمن ولو انكسر الابريق في الوجه الاول وهو ما إذا كانت قيمته مثل والفرق لمحمد رحمه الله قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقفي أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول لم أدرك كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه إذ قد صرح المصنف بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك إنما يتصور على ما روى عيسى بن أبان أن محمداً مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين إنما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قل محمد واحد في المسئلتين المستوفى ملكه ومن المحال أن يضمن الإنسان ملك نفسه وما تعذر بالتضمن تعذر النقض وقيل هذه أربعة ما إذا استوفى الزئوف مكان الجياد فهل سكت ثم علم بالزئافة فإنه يسقط دينه ولا شئ عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبو يوسف رحمه الله يضمن مثل ما قبض وياخذ مثل حقه وقول لمحمد رحمه الله ألا كقول أبي حنيفة رحمه الله وأخر كقول أبي يوسف رحمه الله كذا ذكره عيسى بن أبان رحمه الله والأصح أن هذه المسئلة مبتدأه لأن محمداً مع أبي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة (قوله ولو انكسر الابريق) ففي الوجه الاول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لا يجبر على الفسك لأنه لا وجه له أن يذهب شئ من الدين لأنه يصير قاضياً بدينه بالجوده أي بالصيغة ولا إلى أن يفتك بهما مع النقصان لما فيه من الضرر أي بالرهان وهذا التعليل لا يطاق قوله لا يجبر على الفسك بظاهره ووجهه ان يقال لا يجبر على الفسك لانا لولقنا بالجبر على الفسك لا يجزوا

وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو بخلاف جنسه مصوغاً فتكون رهنه عند المرتهن وملك المسكور بالضمان وقال محمد ان شاء فسكه ناقصاً وان شاء جعله بالدين اعتباراً بالحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه لما تعذر الفسك بجائزاً يعني لما تقدم أنه لا وجه له أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفتك بهما مع النقصان بقي أن يفتك بهما بجائزاً وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفسك وفي الحقيقة من الهلاك مضمون بالدين بالإجماع فكذلك فيما هو في معناه وقام الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة لغوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضموناً بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس السككي بأن يصير الرهن مملوكاً للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمن بالقيمة أولى وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجباً وصواباً والأصح

أن كليهما فرعاً أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشرح ووجهها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث إذ ينعدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولى النهي الآن يقال المراد كونها بناء على ما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بان الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرر المسئلة والكلام فيه (قوله) فلما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله أقول يعني أو مع كمال الدين) قوله وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجباً أو صواباً

أوماشاكل ذلك وقوله (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمتها ثمانية تلو جودة عشرة فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا وأردى أن جنسه ويكون المضمون وهناعنده الى أن يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما إذا كانت قيمة الابريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمتها أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون وهناعنده وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته وعكس خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريق الشيوخ فان الطارئ منه فسه كالمقارن كما تقدم وعند محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما (٩٦) وأردى هين يجبر الراهن على الفسك كالبقاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يجبر

وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفسك لانه لا وجه الى أن يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى أن يفنكه مع النقصان لما فيه من الضرر وخيرناه ان شاء الله بفتكجه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون وهناعنده المرتهن والمكسور والمرتهن بالضممان وعند محمد ان شاء الله بفتكجه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفسك بجائنا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيهما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع المقاصة في جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رد ثمان من جنسه وتكون وهناعنده وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر

على روايته فالفرق لمحمد ينفي البناء قطعاً والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الاصح ذكره شيخ الاسلام في بسوط ونقل عنه عامة الشراح ههنا ويصح عما ذكرنا من صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع عما إذا استوفى الزوف مكان الجاد وهو لا يعلم به وهلكت الزوف عنده ثم علم بالزافه فانه سقنا دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد ألا كقول أبي حنيفة وتؤاخره كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة لان محمد امع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

ان يجبر على الفسك ببعض الدين أو بكليه لا وجه الى الاول لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الثاني بما فيه من الضرر وخيرناه (قوله وهذا لانه لما تعذر الفسك بجائنا) لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين ولا الى ان يفنكه مع النقصان لما فيه من الضرر والمرتهن بالضممان وعند محمد ان شاء الله بفتكجه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفسك بجائنا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيهما هو في معناه قلنا طريقه صير وزنه مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم يقع المقاصة بين ماله وما عليه فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضمونا بالدين في حال قيام الرهن يؤدي الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي مردود في الشرع فصرن الى التضمين بالقيمة لانه لا يؤدي الى اغلاق لا انتقال حكم الرهن الى مثله (قوله عندهما فظاهر) لان

الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدنيته وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العسيرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم الجوده على المضمون والامانة خاصة المضمون مضمونة وغيره امانة وهذا لان الجوده تابعة لذات ومضى صار الاصل مضمونا ائحال أن يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الغرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء يقع الغرض ائذانه وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمقصوب لكن بخلاف جنسه وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة

أو الصريح أو ما أوماشاكل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجيد لا لئلا يأن بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وان ضمن بالجيد فليس مل فان مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه فان المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية فان ضمن قيمته جيدا من جنسه

أو الصريح أو ما أوماشاكل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجيد لا لئلا يأن بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وان ضمن بالجيد فليس مل فان مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه فان المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية فان ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بخلاف جنسها وفي تصرف المريض) فإنه اذا باع قلبا وزنه عشرة وثمينة عشر ون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثالث واهدأرها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدأرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها وبصير خمسة أسداس الارباق مضموها لجودته وصنعته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيها هو أمانة (٩٧) لا يعتبر وفيها هو مضمون يعتبر بحالة الانكسار ليست بحالة

الاستيفاء عنده أيضا فيضن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لانهما فصل عنه وصنعة الامانة في المردون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضموها بالدين ويختبر الرهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن والمضمون باقى على حاله فيجبر الرهن على الفك كالمطلوم ينقص منه شئ واعلم ان الدرهم والدرهمين ليسا بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مفرضة بذلك قال (ومن

وكذلك عند محملانه يعتبر بحالة الانكسار بحالة الهلاك والهالك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون ههنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باع ثيابا الوزن كاه مضموها ويجعل كاه مضموها وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات وتبقى صارا للاصل مضموها واستحال أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الارباق له بالضممان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور ههنا عنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها معافا مكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جازا استحسانا والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزيف الى آخر كلامه تبصر

عندهما حالة الانكسار حالة الضمين بالقيمة بكل حال فيكذلك عند محمد رحمه الله لانه يعتبر بحالة الانكسار بحالة الهلاك والهالك عنده بالقيمة ففيما اذا كانت قيمة القالب أقل من وزنه (قوله استحالة ان يكون التابع أمانة) وهذا لان التبع لا يتخالف الاصل فلو كان كل الوزن مضموها ويجعل كل الوصف مضموها وان كان بعض الوزن مضموها ويجعل ما باعته من زيادة القيمة مضموها حتى لو كان الدين عشرة مثالا ووزن الرهن خمسة عشر وقيمته ثمانية عشر فلو انكسر يضمن اثني عشر لان باع كل خمسة واحدة فيكون باع العشرة اثنان وعند أبي يوسف رحمه الله الصناعة كعين مال قائم فانما تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه لو باع مائة من الجيد بمائة من الرديء الذي قيمته خمسة عشر لا يعتبر من جميع المال بل من الثلث ولولم يكن للجودة اعتبار لا يعتبر من الجميع كافي البيع الخالي من الحباية ولهذا قال يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الارباق له بالضممان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا لان الشروع الطارئ في ظاهر الرواية كالشروع المقارن لما روي عن أبي يوسف رحمه الله ان الشروع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التميز (قوله وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول) وهو ان عند محمد رحمه الله ان انتقص بالانكسار درهم أو درهمان يجبر الرهن على الفك كالمطلوم بقضاء الدين وان انتقص أكثر من ذلك يجبر الرهن فان شاء جعله للمرته من دينه وان شاء استرد بقضاء جميع الدين لان من أصله ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصناعة باعتبار ان الجودة والصناعة تابعة للوزن وصنعة الامانة في المردون كذلك فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع وهذا لان الصناعة مال من وجه كما قررره أبو يوسف رحمه الله ان مال تبعه للاصل ولكن ليس له حكم المالبث والقوم مفرعان الاصل كمان حكم الرهن فمها هو أمانة ثابت من وجهه وهو الحبس بالدين وليس بثابت في حكم الضمان فاذا كانت الامانة ههنا في الجودة والصناعة قلنا اذا لم ينتقص بالانكسار أكثر من قدر الدرهمين فانما كانت ما كان أمانة تخير الرهن على الفك وان كان انتقص أكثر من ذلك فقد فات شئ من المضمون وحالة الانكسار عند محمد رحمه الله معتبر بحالة الهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضموها بالدين ويختبر الرهن كائنا كذا في المبسوط (قوله ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جازا استحسانا) ولولم يكن معينا كان العقد فاسدا قياسا واستحسانا (قوله

(١٣ - تكملة الفقه والكفاية) - (تاسع) باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه الخ) كلامه مواضع

(قوله بخلاف جنسها) أقول لئلا يلزم الربا فإنه اذا ضمن بجنسها عاشر المئتين عشرة دراهم مقابلة اثني عشر (قوله فيضن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسها) أقول حذرا عن الربا

على أن يعطيه كفيلا معينا حاضر في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفة في صفة وهو منهي عنه ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما مثله بفقد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم الوجوب فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل مع (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر بجبر لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه ككلو كالة المشروطة في الرهن فيلزم بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار أن شاء رضى بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع) لأنه وصف مرغوب فيه ومارضى الابنه فيخص به فواته (الآن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لأنه أتى بما ينبي عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الاعطاء

(قوله فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملازمة أقول ليس هذا بسيد إذا لم يساعد تحريرا المصنف طعنا فإنه قال بعده قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملازمة ملائم ولا حاصل له كالأجنبي فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه ملائم للوجوب (قوله وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شيء وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن إقادة تمام المدعى فإنه إنما يشي بما إذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما إذا كان الكفيل غائبا إذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون مغفوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله

حاضرا في المجلس فقبل أي الكفيل الكفالة (قوله ولأنه شرط لا يقتضيه العقد) لأن ما يقتضيه العقد يجب بالعقد دون الشرط كتسليم المبيع على البائع أو تسليم الثمن على المشتري (قوله وفيه منفعة لأحدهما) أي للبائع (قوله وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد) لأن المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن فاشترطها في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا المعنى أي معنى الشرط وهو الملازمة فصح العقد (قوله فبقى الاعتبار لعينه فيفسد) أي لعين الشرط لأنه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة لأنه لما كان مجهولا لا يكون المشتري بسبيل من أن يرهن شيئا يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملى وليس فيه من التوثيق شيء فثبت العبرة لعينه وأنه إذا خال صفة في صفة فيفسد به العقد (قوله صار حقا من حقوقه ككلو كالة المشروطة) أي الرهن ثبت في ضمن عقد لازم وهو البيع فيصير لو فاه به مستحقا كما إذا وكل الراهن العبد أو المارثن ببيع الرهن عند حلول الدين قالو كالة لازمة ولا يملك الراهن عزله عنها ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن ولا جبر على المتبرع وإنما صار حقا من حقوقه إذا بدول بوجده بدو الوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان لا يعتبر لزما بالوعد أولى (قوله أو يدفع قيمة الرهن رهنا) وفي بعض الفوائد المراد بالقيمة الدراهم والدنانير لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه وكأنها هو وأما إذا أراد أن يرهن مكانه عينا آخر فيحتاج إلى رضا المرثن (قوله ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) ذكر في بعض الحواشي أي ثوبا آخر غير المبيع وذكر الامام الترمذي في الجامع الصغير اشترى ثوبا

وقوله (لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحضارا مع وجود الشرط إنما كان بالنظر إلى معناه وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فإن معناه وهو الاستيثاق لأن المشتري وبما يأتي بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملى وليس في ذلك من التوثيق شيء فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدنيك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا

والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فبقضى بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بما لك لانه لما قابله بالدين فسدعين جهة الرهن قلنا لما مداه الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

* (فصل ومن رهن عبيدين بالف فقصى حصه أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصه كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوب من بكل الدين فيكون محبوبا بكل جزء من أجزائه مباغته في حمله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنته فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات أنه أن يقبضه

قسم بالكون الرهن والكفيل غير معين اللهم إلا أن يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما إذا كان الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمفاته معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ر بما يأتي بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفيل لا غير ملي وليس في ذلك من التوثيق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصور أما أولا فلا نية ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمفاته معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسئلة الكتاب وأما ثانيا فلا نية في التعليل أو يعطى كفيل لا غير ملي ولا يفسد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا أن نفاذ غيبة الكفيل عن المجلس لا تقضي عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري للكفيل لزم جلالا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيل لا غير ملي بعد أن عين الملى للكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انقضاءه من قوله ولو كان غائبا فخر في المجلس وقبل صرح تدبر

* (فصل) قال في العناية أخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون

وقبضه ثم أعطى البائع وقال له أمسك بيمينك أو قال أمسكه وهنا حتى أعطيتك يمينك فهو رهن في القوانين فعلم بهذا أنه لا تفاوت بين أن يشير بقوله الى ثوب آخر أو ثوب اشتراه وقبضه لان الثوب لما اشتراه وقبضه كان هو وسائر الأعيان المملوكة سواء في صحة الرهن (قوله والحوالة في ضد ذلك) أي الحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (قوله لما مداه الى الاعطاء) أي مدامسك الثوب الى وقت اعطاء الثمن علم ان مراده الرهن لانه حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفسك فاذا صرح به هذا علم ان مراده الرهن وذلك لان التصريح بموجب العقد كالنصرح بلفظه فكأنه قبض رهنك بالثمن ألا ترى انه لو قال ملسك هذا الثوب بعشرة كان هذا وقوله بعثك بالعشرة سواء والله أعلم

* (فصل) (قوله مباغته في حله على قضاء الدين) لان قصد المرء من اضجار الراهن ليس اسراع الى قضاء الدين فلو تغرد الراهن بالتغريق ياخذ ما يحتاج اليه ويتكاسل في قضاء الباقي فلا يحصل المقصود ولهذا اذا نقد المشتري بعض الثمن وأراد ان ياخذ بعض المبيع لا يملك ذلك فكذلك ائنا والجامع ان كل واحد من المبيع والمرهون محبوب من بكل الدين والثمن فيكون محبوبا بكل جزء من أجزائه ما ليكون حله على قضاءه (قوله) فان سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنته به فان قال رهنك هذين العبيدين وكل واحد منهما بخمسة مائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسة مائة وقال أديت عن هذا العبد وأراد ان ياخذ ذلك العبد فكذلك

خلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفسك فاذا صرح به هذا علم أن مراده الرهن

* (فصل) وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد قوله (وصار كالبيع في يد البائع) في أن المشتري اذا أدى حصه أحدهما من الثمن في البيع لا يمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فاذا سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا كماله رهن عبيدين بالف كل عبد بخمسة مائة ثم قضاة خمسة مائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض اذا أدى مامى ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب

* (فصل) ومن رهن عبيدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أو الراهن أو المرهن

وقوله (الارى) توضح
لذلك فانه لما عكس المرهن
من تغريق القبول في
الابتداء وجب أن يتمكن
الراهن من تغريق القبض
في الانتهاء وحاصله أن
الصفقة تغرق في باب الرهن
بتغريق التسمية فكأنه رهن
كل عبد بعدد على حدة
بمختلف البيع فانها
لا تغرق فيه بتغريق التسمية
بدليل أنه لو باعه عبدين
بالف كل واحد منهما ما
يتمسك به فقبل المشتري
العقد في أحدهما دون
الأخر لم يجز كفي حالة
الاجال وهذا لان البيع
عقد تملك والهالك قبل
القبض يبطله فبعد ما نقد
بعض الثمن لو تمكن من
قبض بعض المعقود عليه
أدى الى تغريق الصفقة
قبل التمام بان لم يبق
فينسخ البيع فيه بخلاف
الرهن فانه بالهلاك ينتهى
حكم الرهن لحصول المقصود به

(قوله وهذا لان البيع الح)
أقول قوله وهذا أى بوجه
الفرق بين البيع والرهن
حيث لا يتمكن المشتري من
قبض حصة الثمن بنقده في
أول ويتمكن الراهن بأداء
حصة أحد الرهنيين من
استرداده بانه لا يلزم تغريق
الصفقة قبل التمام في الرهن
على تقدير اتحادها بخلاف
البيع فلا حاجة الى الاتحاد
فيه

إذا أدى ما سمي له وجهه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بتغريق التسمية كفى المبيع وجهه الثاني أنه لا حاجة
الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا بالآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز
المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شئ منها وانما التعدد في المرهن في بعض منها وفي الراهن في
بعض آخر منها فالأولى أن يقال وجهه الفصل كون الرهن أو المرهن أو لراهن متعددا كما أشار اليه في
غاية البيان فحينئذ ينظم وجهه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه
لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة تغرق في باب الرهن
بتغريق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعدد على حدة بخلاف البيع فانها لا تغرق فيه بتغريق التسمية
بدليل أنه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بمختلفهما ثم قبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر
لم يجز كفى حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تملك والهالك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض
الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تغريق الصفقة قبل التمام بان لم يبق فيه نسخ
البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالانتسكاف ينتهى حكم
الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تغريق الصفقة لان أكثر ما فيه أن
بم لك ما بقي فينتهى حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلاهما الاستدلال على أن الصفقة
تغرق في باب الرهن بتغريق التسمية ولا تغرق في باب البيع بذلك بدليل أحدهما أنى وهو أنه لو رهن عبدين
بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المرهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وان باعهما
بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز وان باعهما لمى
وهو ما ذكره بقوله ما هو هذا لان البيع عقد تملك الح والاول منهما سال والثاني منظر وفيه عدى اذ لا شك
أن المذو وتغريق الصفقة الواحدة دون تغريق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن
الصفقة تغرق بتغريق التسمية في باب الرهن ولا تغرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تغريق الصفقة في باب
البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا
عند ثبوت عدم تغريق الصفقة بتغريق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعدد بل هو أول من قصدا ثباته ههنا
بقولهما وهذا لان البيع عقد تملك الح فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه انظاره في لمية الفرق
بين بابي الرهن والبيع في تغريق أحدهما بتغريق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما
افترقا لان ضم الردى الى الجدي متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تغرق البيع بتغريق التسمية كان
للمشتري أن يقبل في أحدهما قبل الجدي فيتضرر به الدائع ولو تغرق الرهن بتغريق التسمية لم يتضرر به
الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما حالو تغرق الصفقة نصير الثانية شرطى الاولى وهو شرط فاسد والبيع
يفسده أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل
هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلومة يتيقن فرما كان أحد
العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بالف
والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فحالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذى
رهنه بالف والمرهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تقضى الى المنازعة فاما عند التفصيل لحصة كل
عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تقضى الى المنازعة فلهاذا يمكن فحالك البعض بقضاء بعض الدين انتهى
أقول في الجواب بحث أما أولا فلا بد أن لا يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجال

الجواب في رواية الاصل أى لم يكن له ذلك وفي رواية الزيادات وقيل الاصح له ذلك (قوله وجه الاول) أى
وجه رواية الاصل ان العقد متحد لا اتحاد الموجب والتعالي وعند اتحادهما لا يتفرق العقد بتغريق التسمية
كفى البيع وجهه الثاني أى وجه رواية الزيادات وهو الاصح ان البيع لا يتفرق بتغريق التسمية عند اتحاد

كأن بالافتسكال ينتهى حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء (١٠١) بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق

الصفة لان أكثر ما فيه أن

بذلك ما بقى فينتهى حكم

الرهن فيه فان قيل هذا

في حالة الاجال موجود

قلنا نعم ولكن حصة كل

عبد من الدين فيها غير

معلوم يقين فرما كان

أحد العبدان أكثر قيمة

مثل أن يساوى أحدهما

لغاوا آخر الغن ورهنهما

بثلاثة آلاف أحدهما

بألف والاخر بالغبين ولم

يبين هذان ذلك وأراد

الراهن فكذلك الذي قيمته

ألفان فادى لغاوى يقول

هذا الذى وهنته بألف

والمرتهن يقول بل هذا

رهن بالغبن فكان ذلك

جهالة تفضى الى المنازعة

فاما عند التفصيل فحصة

كل عبد معلومة بالتسمية

لا جهالة هناك تفضى الى

المنازعة فلهذا تمكن من

فكالك البعض بقضاء بعض

الدين قال (فان رهن عينا

واحدة عند رجلين الخ) صورة

المسئلة ظاهرة ولم يتعرض

لكونها ماثرة بكن في الدين

أو غيره ولا لكون الدينين

من جنس واحد أو من

جنسين مختلفين بأن يكون

دين أحدهما ذراهم ودين

الآخر ذنانير لان السكلى في

ذلك نسواء وقوله (لان

الرهن أضيف الى جميع

العين في صفة واحدة ولا

شروع فيه) قيل هو منقوض

بما اذا باع من رجلين أو

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجيهه رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفة واحدة ولا شروع فيه وموجبه صيرورته محتسبا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز رهنه بأبى

ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسئلة الاجال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانيا فلانه إذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضى الى المنازعة مع أن جواب مسئلة الاجال تم هذه الصورة أيضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجال أن يقال لان تفرق الصفة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العاقد ما يجعله كفى حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تحمل تفرق الصفة بخلاف حالة الاجال اذ لم يوجد فيه شئ يجعله فاذا تعين الجلى فيها على تفرق الصفة فيها وان لم يلزم التادى الى تفريق الصفة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجال أيضا تامس (قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجيهه رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفة واحدة ولا شروع فيه) قال صاحب العناية أخذ من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبى يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفة واحدة وفيه الشروع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصين كل نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشروع فيما يكون العقد مقيد للمالك كالهبة والمبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على السكال فتجعل شائعة فتقسم عليهما للحواز والرهن غير مقيد للمالك وانما يقيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتسبة لحقين على السكال فيمنع الشروع فيه فخر بالحواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشروع يمنع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول أبى يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشروع في شئ من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها لهما أو اذ لا فرق بينهما ما على قول أبى حنيفة ألا يرى الى ما مر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنتان من واحد دارا لآخر لهما سلمها لهما جملة وهو قد قضاهما جملة فلا شروع وان وهب واحدا من اثنين لا يجوز رهنه في حنيفة ولا يصح لان هذه أثبتت الجملة منها اذ التملك واحد فلا يتحقق الشروع كالرهن من رجلين وله أن هذه الهبة النصف من كل واحد والذو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صحت لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف

العاقدين والرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشتري المبيع في أحدهما دون الآخر لا يصح ولو قبل المرتهن العقد في أحدهما عند تفرق التسمية صح وانما افرقا لان ضم الردى الى الجيدة متعارف في البيع فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح وكان للمشتري ان يقبل في أحدهما فيقبل الجيدة فيضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يضرر به الراهن لان الحكم لا يتفاوت في ذلك اذ هو مضمون بما قاله من الدين سواء كان وحده أو مع غيره ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفة تصير الثانية شرطى الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة ولان البيع عقد غلبت والهلال قبل التسليم مبطل للمبيع فعندما نقدا المشتري بعض الثمن أو تمكن من قبض بعض المعسة ودفعه أدى الى تفريق الصفة قبل التمام بان لم يأت ما بقى فيفسخ البيع به بخلاف الرهن فان بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود به كأن بالفتسكال الرهن ينتهى حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدى ذلك الى تفريق الصفة لان أكثر ما فيه ان لم يأت ما بقى فينتهى حكم الرهن فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن في حالة الاجال حصة كل واحد من العبدان من الدين غير معلوم يقين فاما عند التفصيل ما رهن به كل عبد معلوم بالتسمية فلهذا تمكن من فكالك البعض بقضاء الدين (قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما جاز) سواء كانا مائريكين فيه أو لا وجيهه رهن عند كل واحد

(قوله فانه بالهلاك ينتهى) أقول أى بالهلاك في يد المرتهن (قوله فلو تمكن من استرداد) أقول أى فلو تمكن الراهن

وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيها أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشروع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالوئص على المناصفة والجواب أن إضافة العقد الى اثنين توجب الشروع فيما يكون العقد مقيد بالملك كالهبة والمبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على السكال فنجعل شائعة تنقسم عليها للجواز ولهن غير مقيد بالملك وانما يقيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبة لشخصين على السكال فيمتنع الشروع فيه تحرياً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشروع يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعاً ناعاً عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) يشير الى أن اذتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله (لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير (١٠٢) تغرق) اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو

كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بان اذتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كذا كرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالبة الرهن فان فيه وفاء بدينهما فبين أن القبض استوفى حقه مرتين فعليه ودماقبضه ثانياً قال (وان رهن رجلان بدين عليهما وبالرهن الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها اذا كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجعلناها

حنيفة (فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) قال (والمضنون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفياً حصته اذا استيفاء ما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كاه رهن في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تغرق وعلى هذا حبس المبيع اذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلان رهنوا واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين والمرتهن أن يحسبه حتى يستوفى جميع الدين) لان قبض فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشروع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كما لا ولا لهذا الوقضي دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن انتهى فلامعنى انقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلاً ولا للجواب عنه على قواهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كالأبني (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كاه رهن في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تغرق قال في العناية أخذ من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه الى الاول من الدين عند الهلاك لكن يسترده وأجيب بان اذتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كذا كرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالبة الرهن فان فيه وفاء بدينهما فبين أن القبض استوفى حقه مرتين فعليه ودماقبضه ثانياً قال (وان رهن رجلان بدين عليهما وبالرهن الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها اذا كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجعلناها

أن العبد اما أن يكون في أيديهما أو في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان ذلك من القبض دليل الرهن (قوله لكون القبض لا بد منه في الرهن والشروع يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قوله ما كان المراد ذلك (قال المصنف فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) أقول هذا اذا كان مالياً يتجزأ فظاهر وان كان مالياً يتجزأ واجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافهما وأصل المسئلة الوديعية فيما اذا ودع رجل عند رجلين شيئاً يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع يضمن عندهما فلا فاهما كذا في شرح الزيلعي وقد نص عليه المصنف في طلب الوديعية حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع الى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله وجعلناها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أو في يد أحدهما) أقول

سبق عقده كفي الشراء وقد تقدم الآن يقيم الآخر بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيهما من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه (١٠٣) ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين

الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما مائة ثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وهما كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه الله الى هذا الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا على خلاف ما اقتضته الخ والحق وباني كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لانه يؤدي الى الشروع فتعذر العمل بهما وتعين الثمار) أقول هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا كان صاحب التار يخ الا قدم أولى لانه أثبتته في وقت لا يذاع فيه أحد وكذا اذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لان تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي واذا أرخ أحدهما فقبضه تفصيل مذكور في غاية البيان لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يد واحد منهما فانه لا تقبل البيعة في حال

الرهن يحصل في الكل من غير شيوخ (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البيعة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل أن يكون رهنا لهذا وكرهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بأكمله لو أحدهما لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشروع فتعذر العمل بهما وتعين الثمار ولا يقال انه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهنا معا اذا جهل التار يخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا على خلاف ما اقتضته الخ لان كلامهما أثبت بينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا مما لا على وفق الخ ومما ذكرناه وان كان قياسا لكان محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو كان له مال لانه الباطل لاحكمه قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما قام كل واحد منهما بالبيعة على ما وصفتنا كان في يد كل واحد منهما نصف رهنا بينهما بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد في القياس هذا باطل وهو قول أبي

الحقيق ففرع عليها قوله فيمنعني أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فساوجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لانه معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر ويستند في ذلك الى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البيعة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو أحد الوجوه في هذه المسئلة وجملة ما أن يصح كون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كفي الشراء وقد تقدم الآن يقيم الآخر بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيهما من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما يمكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المصنف وان أقام

رجلان من رجل فادى أحدهما حصته لم يكن له ان يقبض شيئا فكان للبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما على الآخر (قوله وان أقام الرجلان كل واحد منهما البيعة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه) صورة المسئلة رجل في يده عبدا فاداه رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد قدره مني بالف درهم وقبضته منك ثم أخذت مني بطريق العارية والعصب فأما البيعة على ما دعيا فهو باطل (قوله كأنهما ارتهنا معا اذا جهل التار يخ بينهما) أصله العرق والحرق والهدى (قوله وما ذكرناه وان كان قياسا لكان محمدا رحمه الله أخذ به لقوته) ووجه الاستحسان ضعف لان ذلك على خلاف ما قامت به البيعة لان كل واحد منهما أثبت لنفسه حبسا وطريقا الى مثله من الاستيفاء ولو جعلناه كالرهن من اثنين فقبضنا لكل واحد حبس هو طريق الى شطره من الاستيفاء والخ كما بخلاف الخ باطل

حماية الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الاولى فان كونها مسألة الكتاب على تقدير جهل التار يخ (قوله قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الاولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول لتعليل لقوله ثبت في جميع الرهن

(باب الرهن بوضع على يد العدل) لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع إلى نائبهما وهو العدل لأن حكم النائب يقف وحكم الأصل والمراد (١٠١) بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعة الرهن عند

حلول الاجل وهو وكيل الراهن يبيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والترتائي رحمه الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) إشارة إلى أن في بعضها ليس كذلك فإنه ذكر في المبسوطين وشرح الانطاع ابن أبي ليلى بدل مالك وكانه شك في هذه الرواية عن مالك فإن القبض ليس بشرط عنده كمر في أول هذا الكتاب فإن ثبت ذلك عنده كان عنده روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذ هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولولم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فإنه يرجع على المودع لان يده يده ودعه وقوله (ولنا) ظاهر

يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشروع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشروع يضره وبعد الممانات الاستيفاء بالبيع في الدين والشروع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة ثم اتوا في حالة الحياة ويقضى بالبراءة بينهم بعد الممانات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فاعدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذا عين أمانة وفي حق المالبة يد المرتهن لان يده يضمنه والمعهون هو المالبة فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصده من الرهن

الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينهما بين قوله فيما قبل وان لم يكن في يده أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولان أرادهم بقول المصنف ولومات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الأصل وبه أي باقتباس ناخذ فان محمد انما يابى بالقياس في المسئلة الأولى لاني المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور وان يذكر متصلين بيان المسئلة الأولى كما لا يخفى

(باب الرهن بوضع على يد العدل) لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقف وحكم الأصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع

(قوله فيكون القضاء به) أي القضاء بالحبس للاستيفاء قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشروع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن المقصود بعدم موت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه أحق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضى لكل واحد منهما بالنصف فاما في حالة الحياة فالمقصود هو الحبس وذاتهما لا يحتمل الشركة في العين اذ الشائع لا يدوم حبسه وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها وأقام كل واحد منهما البينة يقضى لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج بخلاف حال الحياة وكذا لو ادعت أختان نكاح رجل بعد موته وأقامتا البينة يقضى لكل واحدة منهما بالميراث ونصف ميراث النساء بخلاف حالة الحياة لان الميراث هو المقصود بعد الموت وهو مال يعمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحياة لان المقصود ثم الحل وهو لا يقبل الاشتراك والله أعلم

(باب الرهن الذي يوضع على يد العدل) (قوله واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز) وقال مالك رحمه الله لا يجوز لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه أي على الراهن دون المرتهن عند الاستحقاق بان هلك الرهن في يد العدل ثم استحقه رجل فاعدم القبض وقوله في هذا الباب فاعدم القبض مشعر باشتراط القبض عند مالك رحمه الله وقد ذكر في أول كتاب الرهن وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العدة وهو نص على عدم اشتراطه فكانت له قولين في اشتراطه وذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن أبي ليلى مكان مالك رحمه الله ههنا وفي المبسوط قال ابن أبي ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذ هلك الرهن في يد العدل لم يسقط الدين وان مات الراهن فالمرتهن أسوة للغرماء فيه ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن على الصورة أمانة وعلى المعنى مضمنة فكانت يده على الصورة يد المالك في الحفظ وعلى المعنى وهو المالبة يد المرتهن لان يده

عند حلول الاجل) أقول الرضا ببيعة الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالأولى أن يقال سواء رضى وأما بيعه الرهن أم لا قال الاتقاني قال الحكم الشبه في الكافي وليس للعدل بيع رهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب انتهس (قوله وهو وكيل الراهن يبيعه) أقول غير مسلم كليا

(باب الرهن بوضع على يد عدل) (قوله ورضيا ببيعة الرهن)

عند حلول الاجل) أقول الرضا ببيعة الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالأولى أن يقال سواء رضى وأما بيعه الرهن أم لا قال الاتقاني قال الحكم الشبه في الكافي وليس للعدل بيع رهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب انتهس (قوله وهو وكيل الراهن يبيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير الى دفع ماعسى أن يقال كإنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالبية والضمان انما يكون من حيث المالبية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالبية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقاتل به فانه قيل (١٠٥) القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا

وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيسده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما ابطال حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالبية يد المرتهن وهي المضبوطة ولو دفع العدل الى الراهن أو المرتهن ضمن (لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالبية) وأحدهما أجنى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما وقد استلمه المدفوع اليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لئلا يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاه رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر

والرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيد آخر حيث قال ورضاي بيعة الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منه ما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والافرضهما بيعة الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير الى دفع ماعسى أن يقال كإنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالبية والضمان انما يكون من حيث المالبية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالبية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقاتل به انتهى كلامه أقول هذه العادة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشي فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا اذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فلخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الالتزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقر وعنده فالجواب

بضممان والمضمون هو المالبية فنزل العدل منزلة ما يتحقق الغرضها ويجوز أن يجعل البذل الواحد حكم البدين كما قالوا في عمل زكاة ما له الى الساعي كان يد الساعي يد صاحب المال من وجه حتى لو انتقص النصاب قبل حلول الحول أو هلك النصاب كان لصاحب المال استرداد ما دفعه الى الساعي اذا كان مادفعه اليه قائما في يده ويد الفقير من وجه حتى لو هلكت الزكاة في يد الساعي بقي النصاب الى آخر الحول يقع المؤدى زكاة كالمودع الى الفقير فكذلك يد العدل ههنا فان كان يرجع بضمنه الاستحقاق على الراهن فذلك لا يدل على ان يده يد الراهن لا غير كالمرتهن اذا هلك الرهن في يده ثم استحقها المستحق وضمنه فانه يرجع على الراهن بما ضمنه وبدينه على ما يجبي في آخر هذا الباب ثم انما لا يرجع العدل على المرتهن بضمنه الاستحقاق مع ان العدل نائب عن المرتهن في القبض للعبس له لان المستحق انما يضمن للعدل بضمن الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل ولم يوجد من المرتهن نقل والتحويل لا حقيقة ولا حكما بل وجد نقل العين من العدل والعدل في حق العين نائب عن الراهن وفي حق المالبية نائب عن المرتهن فكانت العبارة لنقل العين لان العين هو الاصل فلذلك يرجع بضمنه الاستحقاق على الراهن دون المرتهن (قوله لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده) أي لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة وجبت دينيا في ذمته ولو جعلها رهنا في يده صار الواحد قاضيا ومقتضيا ما عليه وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاه

(١٤ -) (تكملة الفتح والكفاية) - ثامن (قوله على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقاتل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي الى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتقي في ذلك ليس بشي لان العدل هو الضامن للقيمة فبعد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم الى القاضي انتهى وفيه بحث

(ولو فعل ذلك) أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا ثم قضى الرهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة شاملة له أى للعدل لان كل ذى حق وصل الى الحق الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البذل والمبدل فى ملك شخص واحد فان القيمة بيد الرهن من حيث العين فى حق (١٠٦) الراهن وبذله من حيث المسألة فى حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن

اجتماعهما برفع أحدهما الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الرهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المهرن الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجمع البذل والمبدل فى ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالرهن ياخذ القيمة منه) لان العين لو كانت قائمة فى يده ياخذها اذا أدى الدين فكذا ياتخذ ما قام مقامها ولا يجمع فيه بين البذل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما يبيع الرهن عند حلول الدين فالو كالة جائزة) لانه توكيل يبيع ماله (وان شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم ينزل) لانها لشرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لا زيادة الوثيقة فى لزوم أصله ولانه تعالى به حق المرتهن وفى العزل اتوا دمه وصار كالوكيل بالخصوص بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهى عن البيع نسيئة لم يعمل فيه) لانه لازم باصله فكذا بوضعه لئلا يكره اذا عزله المرتهن لا ينزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره (وان مات الراهن لم ينزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (والوكيل أن يبيعه بغير محض من الورثة كما يبيعه فى حال حياته بغير محض منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموته ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه

الحق عنه ما أشار اليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال فى النهاية والعناية أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الاول

رهنا عنده أو عند غيره وان تعد اجتمعاهما برفع أحدهما الامر الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك أى جعلت القيمة فى يد العدل (قوله فالقيمة سالمة له) أى للعدل (قوله وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن) أى وان كان العدل ضمن القيمة بسبب الدفع الى المرتهن كان للراهن ان ياخذ القيمة منه فهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية وعلى وجه الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلك المرتهن يرجع عليه لان العدل باء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك فى يده لا يضمن وان استهلك يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان كان قال هذا رهنا فخذ بحقوقك واحبس به الدينك رجع العدل عليه بقيته استهلك لرهن أو هلك لانه دفع اليه على وجه الضمان وقوله (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعنى بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أى عقد الرهن وقوله (لانه) أى عقد الوكالة (لازم باصله فكذا بوضعه) وهو الاطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله

قال الراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائمة فى يده أخذها اذا أدى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا يجمع فيه بين البذل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك فى يده لم يضمن وان استهلك يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنا فخذ بحقوقك واحبس به دينك رجع العدل عليه بقيته استهلك المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان وقوله (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعنى بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أى عقد الرهن وقوله (لانه) أى عقد الوكالة (لازم باصله فكذا بوضعه) وهو الاطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله

وأوصافه

(لان العقد) أى عقد الرهن (لا يبطل بموته ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التى هى

(قوله ولو فعل ذلك أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الاول أو عند غيرهما كذا كره العلامة الزيلعي

الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التي هي اللازمة وجبر الوكيل وحق بيع (١٠٧)

والراهن وحق صرف البراهم

بالدينير كذا في النهاية وقوله
(واذا مات الوكيل انتقضت
الوكالة) يعني والرهن باق كما
كان لأن الرهن لو كان في يد
المرتحن فإني لم يطل العقد
به فلان لا يطل بموت العدل
أولى وقوله (والأرض يجري
فيها) أي لا يباع عليه إلا
تري أن الميت إذا كان عليه
دين لا يجب على ورثته الميت
قضاؤه وإن كان له دين على
غيره ورثه وقوله (أجبر على
بيعه) يعني يحبس أيا ما حن
بيعه فإن لم يجد ما يحبس
أيما ذكر في الزيادات أن
القاضي يبيع عليه وهو على
قولهما ظاهر وأما على قول
أبي حنيفة رضي الله عنه
فقد اختلف المشايخ رحمهم
الله فيه قال بعضهم لا يبيع
قاسا على مال المدون وقال
آخرون يبيعه لأن جهة
البيع تعين وقوله (لما
ذكرنا من الوجهين) أحدهما
أنه وصفت من أوصافه
والآخر أن فيه أوصافه
وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا
لوجه الأول) ذكر في
المبسوط أنه ظاهر الرواية
وقوله (إن الحساب في
الفصلين) أي فيما كان
مشروطا بالرهن وفيما
لا يكون كذلك (واحد) أي
يجبر فيهما (ويؤيده إطلاق
الجواب في الجامع الصغير)
حيث قال في إسناد الوكيل
يجبر من غير فصل بين أن
يكون مشروطا في العقد

وأوصافه (وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لأن الوكيل لا يجري فيها الأرض
ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكيل لا يملكه
الوصي كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا على وصي المضارب بيعها له لأنه لازم بعد ما صار أعيانا
قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والأرض يجري فيها بغيره بخلاف المضارب لأنه لا يملك المضارب (وليس للمرتحن
أن يبيعه الأرض الراهن) لأنه ملكه وما رضي ببيعه (وليس للراهن أن يبيعه الأرض المرتحن) لأن المرتحن
أحق بما يملكه من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فإن حل الأجل وأني الوكيل الذي في يده
الرهن أن يبيعه والراهن عائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره
بالخصومة وغالب الموكل فإني أن يخافهم أجبر على الخصومة) الوجه الثاني وهو أن فيه أوصاف الحق بخلاف
الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتولى حقه أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتحن لا يملك بيعه
بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول وقيل يجبر
رجوعا إلى الوجه الثاني وهذا مع أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده إطلاق
الجواب في الجامع الصغير وفي الأصل (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والتمن قائم مقامه فكان رهنا
وإن لم يقبض بعد) إقامه مقام ما كان مقبوضا

أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول إن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في
النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما أي برأي الراهن والمرتحن مع أن الحكم فيه أيضا كذلك
فهو منوع لأنه لا يغاير لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضي لو كان لفظ جعل
في عبارة النهاية والعناية بلفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا إلى
القاضي وأما إذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيجوز

وحق بيع ولد الراهن وحق صرف البراهم بالدينير (قوله ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) وفي النهاية وإذا
مات العدل في الرهن وتذكر كان وكيله بالبيع فأوصى الرجل ببيعه لم يجز إلا أن يكون الراهن قاله في أصل
الوكالة وكذا نكح بيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيمن شئ فيجوز حينئذ لو صبه أن يبيعه ولا يجوز لو صبه
أن يوصي إلى ثالثه (قوله أجبر على بيعه) وكيفية الإيجاب أن يحبس القاضي أيما بالبيع فإن لم يبيع بعد
الحبس أيما فالقاضي يبيع عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فكذلك عند
البعض لأنه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا وقيل لا يبيع كالأبيع مال المدون عنده قضاء الدين ولا
يفسد البيع بهذا الإيجاب لأنه إيجاب بحق فصار كالاختيار (قوله لما ذكرنا من الوجهين في لزومه) أحدهما
أنه لما شرط في عقد الرهن صار وصفا من أوصافه والثاني أنه تعالى به حق المرتحن وفي العزل أوصافه لا يقال
بأنه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الأول فإنه لا يلزم من كون الوكيل وكالة وصفا من أوصاف الرهن وكونها لازمة
أن يكون الجبر مستقفا عليه لأنه لا تأثير فيه لا نأقول انما ثبت وصف لزوم في الوكالة حق المرتحن فلو لم يجبر
على البيع لم يتحقق فائدة اللزوم (قوله وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة) أي بطلب المدعي (قوله
بخلاف الوكيل بالبيع) أي الوكيل المفرد لا الوكيل يبيع الرهن وذ كرشع الإسلام في مبسوطه
العدل يوافق الوكيل المفرد في أربعة أوجه أحدها أنه يبيع الولد والوكيل المفرد لا يبيع الولد والثاني يجبر
على البيع متى أبي بخلاف الوكيل المفرد والثالث أنه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد والرابع أنه
لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد ينعزل وزاد على هذا الإمام التبرأت في مسائل منها أن العدل يبيع
الأش دما يؤخذ بالائتلاف والمفرد لا يبيع ومنها أن العدل إذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه إلى
جنس الدين والمفرد إذا باع بغيره كان لا يجوز أن يصرفه ومنها بعد هورن إذا قتل عبدا دفع به فالعدل يبيعه
بخلاف المفرد (قوله قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الأول) ذكر في المبسوطه وظاهر الرواية أن الوكيل لا يلزم

أولم يكن وكذلك ذكر في الأصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لأنه ما كان كالللمشتري وملكه لا يكون رهنا

وقوله (فكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه الضمان وهذا لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين وكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن لا على المرتهن لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعدي حق بالتسليم أو بالقبض) يعني الرهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله (فلأنه انتقض اقتضاؤه) أي قبضه لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون به لا كما مستوفيا وقوله (طعن أبي خازم) يعني هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمه الله وأبو خازم هو عبد الجيد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله (١٠٩) (والغرور بالتسليم كذا كرهناه) يعني بقوله لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله

(أو بالانتقال من المرتهن إليه) أي إلى الراهن (كانه وكيل عنه) أي كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كأنه انتقال الملك من الوكيل إلى الموكل (والمالك بكل ذلك) أي بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخرون عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لأن التسليم كان بعد انعقدتين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق فإذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لأنه صار غاصبا به فملك الرهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخرا عن عقد الرهن فكانه رهن غير ملكه ولا يشك إذا استحق رأس مال المضاربة فضمنه المضارب فإنه يرجع على

سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل ولو كان التوكيد بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالخلق العدل من العهد يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كافي الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهد لا يرجع به على المقترض بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه يتعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضى الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد الموهون في يد المرتهن ثم استغقه رجل فله الخياران شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن) لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض (فإن ضمن الراهن فتقدم مات بالدين) لأنه ملكه بإداء الضمان فصاح بالإفاء (وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلا نه مغرور ومن جهة الراهن وأما بالدين فلا نه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن يرجع المرتهن عليه والمالك في المضمون يثبت على قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي خازم القاضي والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالانتقال من المرتهن إليه كانه وكيل عنه والمالك بكل ذلك متأخرون عقد الرهن بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى

القيمة بعد الضمان وهن في يد العدل الأول وبين أن جعلت رهن في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الأول وما

سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن) ذكر في الإيضاح وفتاوى قاضينا مكان هذه المسئلة وتعليقها (قوله ولو لم يسلم العدل الثمن إلى المرتهن لم يرجع عليه) لأنه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض وإذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل وكذا ذكر أيضا في الكافي للعلامة النسفي رحمه الله ثم قال ذكر في الهداية ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل والمؤدب بالموكل المرتهن وسماه موكلا لأن البيع وقع لأجله بالضمان الثمن أو بالموكل الراهن وبالضمان الدين (قوله لا يرجع به على المقترض) أي على الغايض (قوله فيكون البيع لحقه) وإذا وقع البيع لحقه وقد سلم له ذلك جاز أن يلزمه الضمان (قوله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع) أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد أما بالقيمة فلا نه مغرور من جهة الراهن والمغرور يرجع على الغارم الحاكم من الضمان كما يرجع المستاجر على المؤجر والمودع على المودع (قوله هذا طعن أبي خازم) هو بالخاء المعجمة وهو عبد الجيد بن عبد العزيز القاضي

رب المال والمضاربة نافذة وإن كان المالك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه وكل ذلك متأخرون العقد لأن المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فادوا به حكم الابتداء وقد تقدم فصار كونه أنشأ العقد بعد الرجوع فيقدر بخلاف الرهن فإنه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الأول) يعني ما إذا ضمن المستحق الراهن لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى) قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينهما وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل أن يكون مالو كان الرهن عبدًا فابقى ضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن المشتري أيضا لأنه متعد بالأخذ والتسليم لكن لم يذكرنا (قوله لأن المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشك إذا استحق رأس مال المضاربة

بذلك القيمة بالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وقد الرهن (١١٠) كان سابقا على ذلك * (باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره) *

* (باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره) * قال (واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فان اجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بقوطه (وان قضاء الراهن دينه جاز ايضا) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل (واذا نفذ البيع باجازه المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية وابدله حكم المبدل فصار كالعبد المذون المأذون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو اذنت

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فكان متأخرا طبعافه ووضعا قال (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم ياذن أو لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله

للإختصار * (باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره) * لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره متأخرا طبعافه عن كونه رهنا فخره وضعا ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة محمد فيه في موضع قال يبيع المرهن فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازته وسلمه كذا في العناية وغيرهما من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع الغارز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا

فيه في موضع قال يبيع المرهن فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازته وسلمه ذلك لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوف فكن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن ثم العقد لزوال المانع باسقاط حقه وارضاء كذا الوقضاء الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله انه ان شرط عند الاجازة أن يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازه المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير

بغداد كذا في المغرب قال أبو خازم هذا غلط لانه لما رجع بضممان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه والملك في المضمون يقع لمن يستقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه فصار كماله ضمن المستحق الراهن ابتداء والجواب عنه ان المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور والغرور انما يحصل بالتسليم الى المرتهن فانما يملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون رهن ملك نفسه فاما المستحق فانما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه فملاكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده أو بالانتقال من المرتهن اليه كافي الوكيل بالشراء كانه اشترا من المستحق ثم باع من الراهن وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون ضرورة ولا يمكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار غاصبا فملاكه الراهن بعدده من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن والله أعلم

* (باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره) * (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) وعن أبي يوسف رحمه الله انه نافذ كالاتفاق لانه تصرف في خالص ملكه (قوله ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) وعن أبي يوسف رحمه الله ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة أن الثمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا لانه اذا اجاز ثم هذا الشرط ما رضى به علان حقه من العين الا وان يكون متعلقا بالبدل فاما اذا لم يشترط فقد سقط حقه عن المهرهون والثمن ليس بمهرهون فلا يتعلق حقه به (قوله انفسخ في رواية) وهو رواية ابن ساعدة عن محمد رحمه الله

بغداد كذا في المغرب قال أبو خازم هذا غلط لانه لما رجع بضممان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه والملك في المضمون يقع لمن يستقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه فصار كماله ضمن المستحق الراهن ابتداء والجواب عنه ان المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور والغرور انما يحصل بالتسليم الى المرتهن فانما يملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون رهن ملك نفسه فاما المستحق فانما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه فملاكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده أو بالانتقال من المرتهن اليه كافي الوكيل بالشراء كانه اشترا من المستحق ثم باع من الراهن وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون ضرورة ولا يمكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار غاصبا فملاكه الراهن بعدده من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن والله أعلم

الراهن

شرط وان فسخه في الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في الحال

وقوله (وولاية الفسخ الى القاضى لآليه) أى لآلى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضى وقوله (لماذا كرنا) يعنى لغوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجز المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثانى موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى كالاول ولو أجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد برهن لبيع فاجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ وانخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما يخص اجازة البيع الثانى لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازه يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هى وباجازة البيع (١١١) الثانى لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق

كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره فى الكتاب والاصل فى ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل باجازه الى غيره فان كان البديل عما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا وأجاز المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثانى لتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه واذا آجر بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه أو لا وقوعه قبله لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كفى الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كفى الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه فى مالبة العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم فى الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن

الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يبيع وله أن يفسخ (وفى أصح الروايتين لا يفسخ بنفسه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما ثبت ضرورة مسيئة حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بان عقاده هذا لعقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى أن يفسخ لغوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضى لآليه وصار كما اذا أبق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لماذا كرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يبيعه المرتهن فالثانى موقوف أيضا على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى (ولو باع الراهن ثم آجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول) والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه لتعلق فانه تبه أما لاحق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالبة العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه)

القدر من التعليل نظر فانه ينقض بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سياتى فى الكتاب مع جريان هذا التعليل هنالك أيضا فالوجه فى التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال فى آخر تعليل المسئلة مسألة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ فى البيع

(قوله) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك) لانه حق قوى ألا ترى ان الراهن يحجر عن التصرف فيه ويضمن العقبة أو المثل كالاخى ويضمن العقر ولو طوى الجارية المراهونة وهى بكر وهذه امارات الملكية (قوله) وولاية الفسخ الى القاضى لآليه) أى الى المرتهن (قوله) وأجاز المرتهن هذه العقود) أى الاجارة أو الرهن أو الهبة دون البيع فنفذ البيع السابق والاصل أن تصرف الراهن فى الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازه المرتهن واذا أجاز المرتهن أنصرف به ينظر فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازه المرتهن التصرف الذى لحقه الاجارة وان كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فباجازة المرتهن يبيطل حق المرتهن والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن أجاز لاحق واذا ثبت هذا فنقول أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتحول حقه الى الثمن وان الثمن يصير رهنا عنده ويكون المرتهن أخص بمنه من الغرماء اذا مات الراهن فيصح تعيينه لتعلق الفائدة به ولاحق للمرتهن فى هذه العقود اذ لا بدل فى الهبة والرهن والبذل فى الاجارة فى مقابلة المنفعة وحقه فى مالبة العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق كولو باع المؤجر من اثنين فاجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الاول لانه لاحق له فى الثمن فكانت الاجارة اسقاطا (قوله) فنفذ البيع الاول) سماء أو لا وان لم يكن بيعا بالنسبة الى هذه العقود لان هذه العقود متأخرة عن البيع ويجوز أن

نفذ غتته الخ) اذا أعتق الراهن عبد المراهون نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعى رحمه الله أقوال شمول النفاذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال فى المعسر فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالببيع بل أولى لانه أسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك مع كذا اذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو لا بقب أو المصوب فانما اشترك المراهون فى فوات المالك وفى انتفاء القدرة على التسليم ان باع وسكان المقصود مشقة والموانع متغايرة ثبت الحكم أما تحقق المقضى فلانه تصرف صدر عن أهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لا خفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام ممة ضيه وهو السبب الموجب التملك قبل الرهن وأما انتفاء المانع فلان

التغاضي قوله وليس ذلك بوجوده في الاعتراف فلا يصلح مانعا) أقول وأيضاً الاعتقاد لا يقبل الرد والقسمة فكذلك التوقف

واذا نفذ الاعتراف بطل الرهن انقوت محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسرا والدين حالا طوب باده الدين) لانه لو طواب باده القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنه امكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين انتضاء بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما عذر الوصول الى عين حقه من جهة المعنى يرجع الى من ينتفع بعقده وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ابسر) لانه قضى دينه وهو مضطرب بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتراف لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهذا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعترافه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرهن حق الملك وأنه أدى من حقيقته الثابتة للمرته السكينة فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهر النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما السقوط بنابن الحقيقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن

صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف بينهما فافرق اذ القاسد يملك بالقبض دون الموقوف ألا ترى أن المبيع بالمبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لافاسد انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على

ذلك يتصور فيما اذا لم يخرج من الثالث قلنا ليس كذلك لانه يعتق عندهما في الحال وعنده يخرج الى الحرية بالسعاية وذكري في المبسوط مكان هذا اعتناق المريض فقال اعتناق المريض عندنا لا يباغول قيام حق الغرامة ولكنه يخرج الى الحرية بالسعاية بحالة فهنا أيضا ينبغي أن لا يباغول ان هناك هو بمنزلة المكاتب مادام يسعى وهناك يكون حرا وان لزمه السعاية عند اعسار الراهن لان العتق في المرض وصية والوصية تنازع عن الدين الآن العتق لا يمكن رده فوجب عليه السعاية في قيمته لرد الوصية (قوله وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين) وفي الذخيرة وان كان الراهن المعتق معسرا فلا مرته ان يستسعى العبد وينظر في ذلك الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين المستسعى في أقله (قوله الا اذا كان بخلاف جنس حقه) أي اذا كان ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرهن لا يقضى به الدين بل يطالب اياه حاليا لتكسب الآن بوفيه الدين (قوله لان الخراج بالضمان) في المغرب الخراج ما يخرج من غلة الارض أو الغنم ومنه الخراج بالضمان أي الغلة بسبب ان ضمنه ثم يسمى ما يات منه السلطان خراجا فيقال أدى خراج أرضه وأدى أهل الزمة خراج رؤسهم يعني الجزية وقيل يخرج قد حارجه سيده اذا اتفق على ضريبة يرد لها عليه عند انقضاء كل شهر (قوله اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى في هذا الباب) في مسألة استبدال امة المرهونة وهو قوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة (قوله انما يسعى لتحصيل العتق عنده) وعندهما لتكميله عند أبي حنيفة رحمه الله اعتناق البعض لا يكون اعتناق الكل فتكون السعاية لتحصيل الباقي والعبد بما يسعى يملك عوض ما أدى فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بازاء مال واحد وعندنا اعتناق البعض اعتناق الكل فتكون السعاية لتكميله وهذا لان الكل وان عتق على المعتق وصار ملكا له الا ان الثابت ملك لا قرار له فيه صيرنا بتنافي حق تغاذا العتق وأما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتا لساكن ومتقلا الى العبد (قوله والمرهن ينقلب حقه ملكا) بان هلك الرهن في يده يكون المرتهن مال ملكه من حيث المالكية وأما حق البائع

وقوله (واذا نفذ الاعتراف) وارجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الاعتراف واذا نفذ الاعتراف بطل الرهن انقوت محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله (لانه لما عذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (نذكره) يعني في هذا الباب في مسألة استبدال امة المرهونة وقوله (وعندهما لتكميله) يعني وان عتق عندهما السكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا أداها تكل العتق وقوله الا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فان المبيع محبوب من يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله (والمرهن ينقلب حقه ملكا) يعني

عنده) بان قال له رهنك عند فلان (وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلاف الفرز هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال تلك التعليق فيه اقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عندنا لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمته فاستولده الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لانه يصح بادنى الحقيق وهو مال لا بد في جارية الابن فيصح بالا على (واذا اخبر جامن الرهن) لبطان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منها (فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتها) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتناق (وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين) لان كسبه ما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتمس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزداد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجع ان يجازي ديان على المولى بعد سار له لانهم ما أدباه من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما روي قبل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى نجس مكانه فيقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقتضي به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أول يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والاضمان رهن في يد المرتهن لقيامه بمقام العين (فان استهلكه أجنبي فالمرتحن هو الخصم في تضمينه في اخذ القيمة وتسكون رهنه في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداده ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسة مائة ويوم رهن ألفا

تسلمه بالكلية والمنتهى في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتحن أو قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلا فيتوقف على اجازة المرتحن أو قضاء الراهن دينه اذ لو احدث منها تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كافي البيع الفضولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها واقتضى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب

فقط لا يصير ملكا من جهة المشتري بحال (قوله أقر بتعلق حقه في حال تلك التعليق فيه) وهذا لانه لما ملك انشاء الرهن قبل العتق يكون مال كاتعليق عتقه باداء السعاية فيصح اقراره بمالك انشاءه اذ الولاية باعتبار الملك قائم فلم يعتبر تكذيب العبد (قوله واذا صح) أي التدبير والاستيلاء خارجا من رهن لبطان المحلية وهذا عندنا والشافعي رحمه الله فالمدبر لا يخرج لانه قابل لما هو حكم الرهن عنده وأم الولد يخرج لانها لا تقبل حكم الرهن فانه لا يجوز بيعها بالاتفاق والفرق له بين الاستيلاء والاعتناق ان الامومية انما تثبت بالنسب وانه لا يتوقف عنده على الدعوة بل يثبت بنفس الوطني وانه ليس بمنوع عنه فان الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالرهون ولا يصح الحجر عن الوطني لحق المرتحن لانه عسى أن لا تعلق فصع الاستيلاء فلا يتوقف على اذن المرتحن بخلاف الاعتناق فانه يوجب بطلان حق المرتحن لا بحالة فيمنع منه بدون اذنه (قوله على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتناق) أي اذا كان الدين حالا طوباب باداء الدين وان كان مؤجلا أخذت القيمة وجعلت رهنها كما ينبغي يحل الدين فاذا حل الدين اقضاه بحقه اذا كان جنس حقه ورد الفضل (قوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة) هذا هو الذي وعد به قوله أما اذا كان الدين أقل نذكره وقيل الدين اذا كان مؤجلا لم يسع المدبر الا في مقدار قيمته لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتحن فيقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض فالما اذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسبه ما كسبه فيسعى في كله (قوله وكذلك لو استهلك الراهن) الجواب فيه كالجواب فيما اذا أعتق الراهن الرهن الا في السعاية لا سحالة وجوب السعاية على المستهلك (قوله والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك) أي استهلك قيد بقوله هذا المستهلك احتراز

أن الرهن اذا هلك في يده كان مال كامن حيث المالبة وبقى كلامه واضح قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره) الخ الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع لطفه أولى وأما عنده أي عند الشافعي رحمه الله فلائنه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتحن وقوله (واذا صح) يعني التدبير والاستيلاء (خبرنا) أي المدبر وأم الولد يعني عندنا وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر انفا وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيد بذلك

اخترازا عن استهلاك المرهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لايوم هلك كما يجبى وقوله (كأنها هلكت بأقصة مماوية) يعني تكون الزيادة
مضمونة على المرهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قبل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا
وأجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت بأقصة ترجع الى ما كانت (١١٥) عليه فبالهلاك فانت تلك الصلاحية

وقد ثبت في ابتداء القبض
ضمنان تلك القصة فسقط
قدر النقصان من العين عند
القتل بخلاف ما اذا لم يتغير
العين وقد تراجع السعر
لان العين التي قبضها بحالها
من غير تفاوت فلا يسقط شيء
من الدين وقوله (وان
نقصت عن الدين بتراجع
السعر) اشارة الى هذا
السؤال والجواب وقوله

(واذا أعار المرهن الرهن
للا رهن) فيه تسامح لان
الاعارة تملك المنافع بغير
عوض والمرهن لا يملكها
فكيف يملكها غيره ولكن
لما عومل معاملة الاعارة
من عدم الضمان وتكون
استرداد المعبر اطلاق الاعارة
وقوله (لمنافاة بين يد العارية
وبد الرهن) لان قبض
الرهن يوجب الضمان
وقبض العارية لا يوجب
وفي ايجاب الضمان على
المرهن بعد الاعارة يلزم
الجمع بينهما وهو يمنع
وذلك لان الضمان انما
يجب اذا كان يد الراهن
بعد الاعارة يد المرهن وبده
اذ ذلك يد عارية وفي ذلك
جمع بينهما لا يحال فاعتبرنا
يد الراهن يدرهن للزوم
عقد الرهن

قال المصنف فهو مضمون

باقبض السابق لا بتراجع السعر) أول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين
حسب ما اتسوى ماضين بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر
فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعلمه يلوح له اندفاع هذا الاشكال

غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأقصة
مماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لايوم الفسك لان القبض السابق مضمون عليه لانه
قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الاول (ولو استهلكه المرهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه أنف ملك
الغير (وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فانه حكمه (واذا حل الدين وهو على
صفة القيمة استوفى المرهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يرد على الراهن) لانه بدل
ملكه وقد فرغ عن حق المرهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم
الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين
بقدره واعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف
وهو قيمته يوم أنف قال (واذا أعار المرهن الرهن للراهن أخذ منه أو لم يعمل له عملا فقبض مخرج من ضمان
المرهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك

العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك لو استهلك الراهن
الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمته كما يس بلغظ
القدوري في مختصره وليس مذكور في البداية أصلا بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية
تفر يعا على مسألة مختصر القدوري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد
الشخصين في أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر في كتاب آخر وكيف يمكن عطف عبارة المستن وهو
البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المستن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن
يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر فان كان الدين حالا طوب اداء الدين وان كان مؤجلا أخذ
منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لانه أيضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضا
فتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدوري وبداية هكذا فان أعتق الراهن
عبد الرهن نفذت فانه كان الدين حالا طوب اداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا
مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن
الرهن انتهى فقامل في هذا الترتيب تسكن الحكم الفصل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى
خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة

عن استهلاك المرهن فان عليه قيمته يوم قبض على ما يجبى وكذلك في الهلاك يعتبر قيمته يوم قبض لايوم
هلك (قوله كأنها هلكت بأقصة) ولا يقال بان الرهن لو كان باقيا كما كان وقد تراجع السعر وانقصت
قيمته فانه لا يسقط من الدين شيء قلنا لان ثم العين باق كما كان وانما حصل التغير بسبب التراجع والعين
بحال يمكن أن يصير ماليا بتراجع كما كان يوم القبض فلم يمتد التغير وهذا التغير الحاصل بالتراجع
استقر بالهلاك ولم يبق على حال يعود ماليا كما كان فاعتبر التغير (قوله وهو على صفة القيمة) أى في الجنس
والجودة (قوله وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) جواب اشكال وهو أن يقال لو سقط
الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر تأثير في اسقاط
شي من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقص قيمته بتراجع السعر فاجاب بانه مضمون بالقبض السابق
لا بتراجع السعر (قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن) لان الضمان لو كان باقيا انما يكون باعتبار

بغير شيء لغوات القبض الضمون (والمرتبهن أن يسترجعه إلى يده) لأن عقد الرهن باق في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك لراهن قبل أن يردده على المرتبهن كان المرتبهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضونا بالهلاك وإذا بقي عقد الرهن فأذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرددها كما كان) لأن لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ (ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتبهن يكون المرتبهن أسوة للغرماء) لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن

لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالتلاف وهو قيمته يوم أن تلف قال الزليلي بعد أن ذكر هذا بعينه في شرح الكفر كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خم مائة سوى ما ضمن بالتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين انتهى أقول ليس استشكله بشيء فإنه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر إذا لاشك أن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألقاها انتقصت منها خم مائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا بحالة مقدار تمام الألف خم مائة منه بالتلاف وخمس مائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألقاها ولا تأثير في سقوط شيء منه بتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل (قوله وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويؤيد لرهن قال بعض الغضلاء فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الأيداع والرهن أقول الفرق بين الأيداع وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكأنه لم يرها من شاء فليراجعها (قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ) قال الشراح وحكم لوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة

نعماء يد المرتبهن وبقاء يد المرتبهن انما يتحقق أن لو كان يد لراهن يد المرتبهن وهذا غير ممكن لأن قبض المرتبهن قبض مضمون وقبض الراهن غير مضمون وبين كونه مضمونا وغير مضمون منافاة فلا ينبغ غير المضمون عن المضمون ولا يقل بان يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة في حقه ويضمنان في حق المرتبهن كما في فصل العدل فإن يد العدل يد أمانة في حق نفسه في المألية ويضمنان في حق المرتبهن فكذلك هذا لا نقول لا يمكن ههنا بقاء ضمان الرهن باعتبار القبض لأن القبض قد انتقض وانما يجعل باقيها حكما باعتبار اليد حكما إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتبهن وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين لأن يد المرتبهن يد الجبس عن المالك يد العارية يد الاستعمال للمالك وبين الجبس عن المالك وبين ثبوت الاستعمال للمالك تناف ولا تتحقق هذه المنافاة في فصل العدل لأن يد العدل يد جبس عن المالك كما أن يد المرتبهن يد جبس عن المالك فلذلك استبرقا (قوله سقط حكم الضمان لما قلنا) أي من المنافاة بين يد العارية وبين الرهن (قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) قيد بوله من أجنبي لأنه لو أعار المرتبهن الرهن من الراهن أو أجرة منه أو أودعه عنده كان للمرتبهن أن يسترده والاجارة باطلة كذا في فتاوى قاضيان وغيره (قوله لثبوت يد العارية بالاستعمال) وهي مخالفة ليد الرهن لأن يد العارية غير مضمونة وقبض

وأزلنا الضمان لغوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد والجواز انفسا كالهالك الرهن عن كونه مضمونا في الجلالة كافي ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سبحانه وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) ووجه هذه التصرفات ستة العار يتو لوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة (قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الأيداع والرهن فتمامه فانه ممنوع

فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الرهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبي ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة
لكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن وأما الاجارة فالمستأجران كل هو الرهن فهو باطله وكانت بمنزلة مالو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده وان
كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة أو أجنبي بمباشرة أحدهما العقد باذن الآخر يبطل الرهن والاجارة للرهن ولاية القبض للعائد ولا يعود
وهذا بالاستئذان وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الرهن فلا
يتصور (وقوله لما بينا) يعني في صورة العارية يتم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول (١١٧) للمرتهن والبينة للرهن قال (ومن

استعار من غيره ثوبا الخ)

ومن استعار ثوبا للرهن فله

أما أن يطلق في ذلك أو

يقبضه بشئ فان كان الاول

فسارهنه المستعير به من

قليلا وكثيرا جزاء

بالاطلاق وكان ذلك تبرعا

من المعير بأثبات ملك اليد

فيعتبر بأثبات ملك العين

واليد جميعا بان استأذن أن

يقضى ديناعليه بما له فان

قبل اعتبار غير صحيح لجواز

أن يكون هذا لان اجتماع

العين واليد فيه فالجواب

أن الاتصال غير مانع لعدم

استلزام أحدهما الآخر

فانه يجوز أن ينفصل ملك

اليد عن ملك العين ثبوته

كالصبي فانه يثبت له ملك

العين دون اليدوز وال

كالبائع بشرط اختيار فانه

يزول ملك اليد دون ملك

العين وإذا كان كذلك

جاء أن يثبت للمرتهن ملك

اليد دون العين قوله (لان

الجهالة فيها لا تنقض الى

للمنازعة) يعني المنازعة المانعة

من التسليم والتسلم فانها

هي المقيدة للعقد فصار كما

أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترا (وإذا استعار المرتهن الرهن من لراهن ليعمل به فذلك قبل أن يخذل في
العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل) لا ارتفاع يد العارية
(ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتهى الضمان
(وكذا إذا أذن الرهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا للرهن فله من قليل
أو كثير فهو جائز) لانه متبرع بأثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بأثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين
ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوته بالمرتهن كما ينص صريح الا في حق البائع والاطلاق واجب
الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تنقض الى المنازعة (ولو عين قدر الاجور للمستعير أن يرهنه
بأكثر منه ولا يقل منه) لان التقيد مدفوع وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفي
النقصان أيضا لان غرضه أن يصير مستوفيا لأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقيد

انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة لكم لعارية بان قال إذا كان الإبداع من أجنبي
ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كزعمه لان العدل من رضا بوضع الرهن في
يده ابتداء وكلام الشراح هنا فبالاودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم أن
الفرق بينهما أن في صورة الإبداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالإبداع للمنازعة بين يد
الوديعة ويد الرهن ليكون أحدهما موجبة للضمان دون الاخرى كما ذكر في المنازعة بين يدي العارية وللرهن
وأما في صور الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المسالية فيصير
الرهن مضموما على المرتهن من هذه الحبيشة كما تبين في باب لم يوجد شئ آخر يقتضي انتقاض هذا القبض

الرهن مضمون فاذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان (قوله لما بيناه) أي من مخالفة يد الرهن
يد العارية (قوله وهو قضاء الدين) فانه لو استأذن أن يقضى ديناعليه بما له كان صحيحا وكذا إذا تبرع
انسان بقضاء دين غيره فاذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين بايعا غصير المليون من ماله بطريق التبرع يجوز
أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضا (قوله ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوته بالمرتهن) أي
يجوز أن يثبت له ملك اليد دون ملك العين كما ينص صريح الا في حق البائع أي كيجوز أن يزول ملك اليد عن
البائع دون ملك العين بان باع بشرط الخيار وسلم الى المشتري فزال بده لاملأه (قوله والاطلاق واجب
الاعتبار) يعني إذا أطلق الاعارة في الرهن ولم يسم ما يرهنه به بعشرة أو تسعة أو بدواهم أو بدنا غير أو يرهنه
من زيد أو غير وكان للمستعير أن يعمل بموجب الاطلاق (قوله خصوصا في الاعارة) لان مبناه على
المساحة فلا يجري فيها المضايقة والجهالة فيها لا تنقض الى المنازعة فان من استعار دابة له أن يركب نفسه وله
أن يركب غيره وله أن يحمل ماشاء (قوله وهو ينفي الزيادة) أي تعين المعير بان يرهن المستعير بقدر من
المال ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه أو على المستعير وينفي النقصان أيضا لانه بما يرضى
المعير بان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا لأكثر لم يرجع هو على المستعير بذلك فاذا رهنه بأقل فعند

إذا أعار ثوبا أو أطلق وان كان الثاني سواء كان التقيد بالتقدير أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه تصير ورته غاصبا بالتصرف
بغير اذنه فان كان التقيد بالتقدير هي الزيادة عليه لقوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه احتاج الى فكاه كوهو أقل
المالين فالزيادة زيادة ضرر وبقي النقصان لان غرضه أن يستوفى أكثر المالين ان ذلك الرهن عند المرتهن فان الراهن ير عليه مثل ماتم

(قوله وحكم الوديعة لكم العارية) أقول إذا كان الإبداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل (قوله فانه يجوز أن ينفصل
ملك اليد عن ملك العين ثبوته بالخ) أقول فيه بحث فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوته بان

الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقبل وكلامه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدر الدين المسمى لأمثل قيمة الثوب كانت (١١٨) أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فمما نحن فيه وهو ما اذا وافق

المستعير المعبر في بشرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضيا دينه به لانه وكذا قوله ما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يقتكه جبراً عن الرهن) قيل معناه من غير رضا وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً ما فات عن الرهن من القضاء بنفسه

بالجنس وبالمرتبة وبالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ (فإذا خالف كان ضامناً ثم ان شاء المعبر ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتين) لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتين ويرجع المرتين بما ضمن وبالدين على الرهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق) بان رهنه بمدة دارما امر به (ان كانت قيمة مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتين يطل المال عن الرهن) التمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الرهن) لانه صار قاضيا دينه به لانه هذا القدر وهو الموجب الرجوع دون القبض بذاته لانه رضاء وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسبه ووجب مثله لرب الثوب على الرهن على ما بيناه (وان كانت قيمة أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الرهن بقية دينه للمرتين) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الرهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعبر أن يقتكه جبراً عن الرهن لم يكن للمرتين اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخص ملكه

فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعبر أن يقتكه جبراً عن الرهن لم يكن للمرتين اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبراً عن الرهن في أثناء هذه المسئلة من معاقبات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين أعسر الرهن كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونظر الاسلام البرزوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبراً عن الرهن تعبير يقع من الكتاب أو القارئ وقال صاحب معراج لاراية معنى قوله جبراً عن الرهن بغير رضا وبواقعة تقر بر صاحب الكفاية هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعبر أن يقتكه جبراً بغير رضا الرهن ليس للمرتين أن يمتنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعبر أن يقتكه جبراً عن الرهن أراد أن يقتكه نيابة عن الرهن جبراً عن المرتين وقال صاحب العناية بقوله اقتكه جبراً عن الرهن قيل معناه من غير رضا وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً ما فات عن الرهن من القضاء بنفسه انتهى أقول في نفسه كلاماً أما أولاً فلا نال اختاره من المعنى لا ينشئ فيما اذا أراد المعبر أن يقتكه قبل حلول أجل دين الرهن اذ لم يفت عن الرهن اذ ذلك القضاء بنفسه لعدم مجيء أو انه حتى يكون اقتكالك المعبر الرهن هناك بقضاء دين الرهن جبراً ما فات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضاً داخلية في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نال لم يسمع في العربية جبراً عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران وحمل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلية على الرهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتين وعلى المعنى الذي

ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمارد بالانفصال وزال أن يبقى ملك اليد وبزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعبر أن يقتكه جبراً عن الرهن) أقول تعبير عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال لغز الاسلام البرزوي ذكر أنه حين أعسر الرهن لان المعنى لا يستقيم لان المعبر يقتكه جبراً عن المرتين لان الرهن ليس في يد الرهن وانما هو في يد المرتين ولكن يقتكه المعبر حين أعسر الرهن ولعله وقع من الكتاب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خطه ولا نال

الهلاك انما يرجع المعبر على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه (قوله لتيسر البعض بالاضافة الى البعض) يرجع الى القيد بالجنس أي قد تيسر على المعبر أو على المستعير أداء جنس دون جنس وتفاوت الأشخاص في الامانة يرجع الى القيد بالمرتبة وقوله والحفظ الى القيد بالبلد (قوله وقد بيناه في الاستحقاق) أي في استحقاق الرهن قبل هذا الباب (قوله ووجب مثله لرب الثوب على الرهن) أي مثل ما سقط عن الرهن بهلاك الثوب (قوله على ما بيناه) وهو قوله لانه صار قاضيا دينه به لانه وقوله لما بيناه ارجع الى هذا أيضا (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعبر أن يقتكه جبراً عن الرهن) أي أراد أن يقتكه نيابة عن الرهن جبراً على المرتين ولفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة حين اعتبر الرهن ذكر شمس الأئمة السرخسي والامام البرزوي لم يكن للمرتين أن يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه بخلاف ما اذا تبرع أجني بقضاء

قال في الكفاية فأراد المعبر أن يقتكه نيابة عن الرهن جبراً عن المرتين انتهى وقال أكل الدين اقتكه جبراً عن الرهن قيل معناه من غير رضا وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً ما فات عن الرهن من القضاء بنفسه انتهى والاصوب أن عن ههنا لبديلية كفاي قوله تعالى لا تجزى نفس عن نفس شيأ وفي قوله عليه الصلاة والسلام صوحى عن أمك فلا تغار اذ يصير المعنى حينئذ

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر القيمة
لما كان أكثر من القيمة أي أن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بالغين فافتسكه المعير بالغين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لأنه لو هلك الرهن لم يضمن
الراهن للمعير أكثر من ذلك وليس يوارده على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله
لأنه صار قاضيا دينه بحاله (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن
أو بعد الافتسك قال قول قول الراهن لما ذكر والبيئة بينة المعير لأنه يدعى عليه (١١٩) الضمان فإن قيل إذا ادعى الراهن الهلاك

بعد الافتسك فكأنه قد أقرب سبب

وجوب الضمان وهو رهنه

الشوب بدنيته ثم ادعى

ما ينسخه وهو الافتسك فلا

بدله من حجة كما إذا ادعى

الغاصب رد المغصوب أجيب

بان الموجب للضمان فراغ

ذمته عن الدين بحالته

الرهن ولم يقر بذلك وقوله

(ولو اختلفا) هكذا في نسخة

قراءة في على الشجر رحمه الله

وقد وقع في النسخ كالأول

اختلفا قال في النهاية وغيره

من الشروح ليس يصح

والصواب بالاول لان في لفظ

كما يختلف الغرض اذ في الاول

القول للراهن وهو المستعير

وفي الثاني للمعير فكيف

يصح التشبيه وقوله (في

انكار أصله) يريد عقد

جبر على المرتهن بدل الراهن

والبدلية بين الراهن والمعير

(قوله قال في النهاية ليس

مجري على إطلاقه إلى قوله

وليس يوارده على المصنف)

أقول قال الامام الزبيدي بعد

ما نقل كلام النهاية وهذا

مشكل لان تخلص الرهن

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين) لأنه متبرع
اذ هو لا يسعى في تخلص ملكه ولا في تغريب ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الشوب العارية عند
الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتسكه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو
اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الايقاع بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين (كما لو اختلفا في مقدار
ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله في انكار أصله فكذلك في انكار وصفه (ولو رهنه المستعير
بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فلهذا في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن
اختاره لا يظهر لك كونه متعلق الآن بصار إلى تقدير المسافات جله وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج
في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما
فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وهذا قيد لازم ذكره
فان قوله يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه
بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الشوب لأنه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيان فان عجز الراهن عن الافتسك

الدين فلب الدين أن لا يقبله منه لأنه تبرع لأنه لا يسعى في تخلص ملكه أو تغريب ذمته (قوله ولهذا يرجع
على الراهن بما أدى) إذا كان ما أداه بقدر المضمون لأكثر منه لأنه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيان
فان عجز الراهن عن الافتسك فافتسكه المالك يرجع بقدر ما ملك به الدين ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه اذا
كانت قيمة الرهن ألفا ورهنه بالغين فافتسكه المالك يرجع بقدر ما ملك الدين به وهو ألف ولا يرجع بأكثر
من ألف لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك اذا افتسكه كان مستعيرا بالزيادة فان
قبل لا يتوصل إلى تخلص ملكه الا بإيقاع جميع الدين فلم يكن متبرعا فلنا الضمان انما وجب على المستعير
باعتبار ايقاع الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما يتحقق به الايقاع (قوله ولو اختلفا في ذلك) أي
المعير والمستعير بأن قال المعير هلك في وقت الحبس وقال المستعير وهو الراهن هلك قبل الرهن أو بعد الافتسك
فالقول قول المستعير وهو الراهن مع يمينه لان الضمان انما يجب على المستعير بإيقاع الدين منه وهو ينكر
الايقاع فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعى سقوط الضمان بالافتسك فلا يقبل قوله في ذلك الا
بحجة كالغاصب يدعى رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك
فاذا أنكر الهلاك في يد المرتهن فقد أنكر الايقاع حقيقة والضمان ينشأ منه فكان منكرا للضمان (قوله
كلوا اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما أمره
مكان كماله في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني القول قول المعير
فكيف يصح التشبيه الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر إلى كون المنكر معيرا أو مستعيرا (قوله في
انكار أصله) أي العارية بتأويل عقد العارية (قوله يضمن قدر الموعود) أي المرتهن للراهن (قوله

لا يحصل بإيقاع بعض الدين فكأن مضطرا باعتبار الاضطراب ثبت حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطراب وهذا لان غرضه
تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باءاء الدين كما اذ لا عزم أن يجسه حتى يستوفي الشكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد نسخ في هذا
الاشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه المذكور في الكفاية والبرائة فراجعهم انص عبارة الكفاية والاشكال فان قيل هو
لا يتوصل إلى تخلص ملكه الا بإيقاع جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايقاع الدين من ملكه فكان
الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايقاع انتهى فان لا كلام مجالا (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون
القول للمعير ثم رأيت في الكفاية الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر إلى كون المنكر معيرا أو مستعيرا

قدّر الموعود المسمى) لما بيننا أنه كالوجود ويرجع المعبر على الرهن بمثله لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية بعد افاغته المعبر جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الرهن) لأنه لم يستوفه (وان شاء ضمن المعبر قيمته) لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد ألتفه بالاعتاق (وتكون رهنه عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعبر) لأن استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثيل قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضها حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لأنه قد برئ من الضمان حين رهنها

فافتكه المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه إذا كانت قيمة الرهن ألغافره به بالغين فافتكه المالك بالغين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو الالف ولا يرجع بأكثر من ألف لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعبر أكثر من ذلك فكذلك إذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقضى أثره صاحب الكفاية ومعرّج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية ببراءة نفسه وأيسر بوارده على المصنف لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظرا لأن قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لأنفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والاطلاق ألا يرى أن كلمة الكبرى شرط في أشهر الأقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فنأين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها بضاحتي يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمات بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الذي يلحق في التبيين وذكر في النهاية أنه إذا افتكه بأكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيقاع بعض الدين فكان مضارا أو باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لأن غرضه تخليصه لينفذه به ولا يحصل ذلك الإبداء الذي كان إذا المرتهن أن يحبس حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذا نوع غريبة لأن صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيقاع جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتباره إيقاع الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الإيقاع انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعرّج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عندنا لزمنا أيضا فلا معنى لاستشكله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساد ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعبر قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد ألتفه بالاعتاق) أقول كان الحق في التعليل أن يقال لأن الحق تعلق

العارية وقوله (لأن استرداد القيمة كاسترداد العين) يعني أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعبر واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الرهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله في

لما بيننا) إشارة إلى ما ذكر في باب ما يجوز زارته به بقوله لأن الموعود جعل كالوجود باعتبار الحاجة (قوله لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه الخ) بيانه أن الدين الموعود كالوجود فلو كان الدين موجودا هلك الرهن في ضمان المرتهن يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفي الموعود إذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن المسمى من الدين فإذا استوفاه من المرتهن وهو ومالية الرهن سواء بصير الراهن مستوفيا مالية الرهن بواسطة الاستيفاء وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعبر بمثله على الراهن فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء (قوله لأن الحق قد تعلق برقبته) أي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضا المعبر وقد استملكه بالاعتاق فصار كما استملكه بالتلف وهو في هذا الحكم كاجنبي آخر فيضمن قيمته ثم يرد على المعبر لأن استرداد القيمة كاسترداد العين ولو أخذ المعبر الرهن من المرتهن ثم استرده المرتهن كان رهنه عنده إلى أن يقبض دينه فإذا قبض يرد على المعبر كذا هذا (قوله لأنه قد برئ من الضمان حين رهنها) أي

آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر) يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن (١٢١) سعى في جعله المستعير في الرهن يعني

المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكأنه فليس ثم تحصيل مقصود الأمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير رهن وقد أجيب بأن ثم لرد إلى نائب المعبر هو المستعير نفسه قد وجدلان الرهن الذي هو المستعير بعد الفسك كالمودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه رد إلى صاحبه حكما وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق دللت عليه هذه المسئلة قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده وبالجملة هو أن يكون غيره ممنوعا عن إبطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما وجب المال) يعني أن تكون الجناية في النفس أو مادون خطأ أما ما وجب القصاص فهو معتبر بالإجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها

فانه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا اقتضى الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعط ثم عطف بعد ذلك من غير صـ عنه لا يضمن) لانه بعد الفسك كالمودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستغارة بالفسك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يدين نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تقويت حق لازم في ترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كعاق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثالث والعبد الموعى بمخدمته إذا تلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى به عبيدا يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسعة طمن دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيض منعه له كنه قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى الماهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقال الجنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما وجب المال أو الوفاقية فلا تخاف الجناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكف عن عليه بخلاف جناية المصوب على المصوب منه لان الملك عند أداء الضمان يثبت له غاصب مستندا حتى يكون

بماله وقد تأتاه بالاعتاق إذا شئ أن المراد بالحق المذكور في التعليق انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمال الرهن دون رقبته كما مر غير مرة (قوله) أما الوفاقية فلا تخاف الجناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المجل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلا تخاف الجناية المملوك على المالك واقتفى أثره صاحب العناية بقوله لا وجه عندى لأتبعام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور اذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علمتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لان المصنف قد أدخل الالام على الخبر كما ترى في قول المعنى إلى أن هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب دالة العلة لادلة نفس المسئلة وهو فاسد قطعاً

ضمنان التعدي بالاستخدام والركوب لا ضمنان قضاء الدين فان المعبر يرجع على الراهن بضمنان قضاء الدين لان الراهن بعد ما قضى الدين لم يملك الرهن في يد المرتهن فيرجع بما أدى اليه من الدين لان الرهن لم يملك في يد المرتهن يصير مستوفيا حقه من مال الرهن فيرد إلى الراهن ما اقتضاه من الدين كيلا يتكرر الاستيفاء فاذا وقع الاستيفاء بمال الرهن يرجع المعبر على الراهن بمال الرهن في قدر ما وقع به الايفاء (قوله) فانه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق فان قيل أليس أن المستعير إذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان اذ لم تصل العين إلى المالك وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال إلى صاحبه قلنا ثم يد المستعير يدين نفسه فبالعود إلى المكان المشروط لا يصير راد العين على المالك لاحقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يدينه كيد المالك فبالعود إلى الوفاق يبرأ راداً عليه حكماً وما نحن بصدده نظير مسئلة الوديعة لان تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود الأمر متى لو هلك بعد ذلك يدينه مقضياً فيستوجب المعبر الرجوع على الراهن بمنزلة ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً فلهذا يرى من الضمان (قوله) بخلاف المستعير أي بخلاف ما إذا استعاره ما لم ينتفع به بان خالف ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ عن الضمان (قوله) وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تقويت حق لازم محترم فالعنى من المحترم هو أن يكون غيره ممنوعا عن إبطاله (قوله) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين) بان كان الدين دراهم أو دنانير أما إذا كان الدين مكيلا فلا يسقط (قوله) والمراد بالجناية على النفس ما وجب المال وهو ما إذا كانت الجناية خطافي نفس أو فيما دونها أما الجناية الموجهة للقصاص فمعتبرة أما على المرتهن فلا يشك في وأما على الراهن فلان المستحق به دمه والمولى من دمه كاجنبي آخر ألا ترى أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجهة للقصاص لا يصح وبالجناية الموجهة للمال يصح واقراره على نفسه بالجناية الموجهة للقصاص صحيح وبالموجهة للمال باطل (قوله) أما الوفاقية

بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا الوعد به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزداد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الرافى يصير مستوفيا للمائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالمائة والباقي ظاهر واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل (١٢٣) حوالا العبد الذي قيمته مائة بعد

التراجع وضمنان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحانها في حكم الصورة الاولى والثالثة واحدهما أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولها وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رحمه الله أن حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

الرواية الظاهرة (قال

مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لغيره يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بغوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذا لم يدب الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمنان الاتلاف لان الجابر بقدر الغائبة وأخذ المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذلك اقام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان بدل الراهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر قيمته كانت في الابتداء ألقا ف يصير مستوفيا للكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لالف بمائة لانه يؤدي الى الرافى يصير مستوفيا للمائة وبقي تسعمائة في العين

الاولى أصل معناها في الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية نعم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسي وفيما نحن

الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانه مخاطب هو أيضا بالدفع أو بالفداء كالراهن لحيث كان حكم الدفع أو الفداء وعليه في حق شيء واحد بسبب جناية واحدة والقول به اشتغال بما لا يفيد وذلك أن المرتهن في الرهن اذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته ألا ترى أنه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ماله كان ماله كذا في الجناية عليه يجعل كالمالك فلا يعتبر جنايته عليه وهذا لان أصل حق الجاني عليه في بدل الغائبة وهو الارش الآن للمولى أن يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد ان شاء ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتهن في استحقاق أصل البدل لانه لو وجب ذلك كان قراره عليه ولا يجب له على نفسه أورش الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة نبت الله في العبد فان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من الفداء شيء فصار هذا وجنايته على مال المرتهن سواء وكان بمنزلة جانب الراهن وهناك يستوى بين جنايته على نفسه وماله فكذلك في جانب المرتهن (قوله وأصله أن نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين) حتى لو كان الرهن على حاله فنقص سعره فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن (قوله وذلك لا يعتبر في البيع) يعني اذا تغير سعر المشتري قبل القبض لا يثبت الخيار للمشتري ولا في الغصب يعني لا يعتبر نقصان السعر في الغصب (قوله حتى لا يزداد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية (قوله أو نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا لالف) أي ألف الدين بمائة الرهن وهي المائة التي غرمها الحر بمنزلة الرهن فجعل رهنا مكان العبد المقتول لان المائة يجوز أن تكون بمقابلتها أكثر من مائة فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمائة الرهن فلذلك لو كان القاتل عبدا قيمته مائة فسدع مكانه يكون رهنا بالف درهم كالاول عندنا على ما يحى لان ذلك يجوز أن يكون بمقابلته ألف درهم

المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر (أقول أي أصل جنس هذه المسئلة لأصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ولك أن تقول الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخريج (قال المصنف لانه بدل المالية) أقول أي القيمة وانما ذكر الضمير بتأويل موجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا دليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الغاء لا يعقب الذكري الا بالهلال مقدم (قال المصنف وان قتله بعد قيمته مائة) أقول أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا يلزم التكرار

فإذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا السكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الر باقال (وان كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فبرجع بتسعمائة) لانه لم يباعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتله بعد قيمة مائة فدفعت مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الأنة أن خلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا يحجبنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول لحاود ما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا في ذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمجد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كما يبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لما وكذا كراهه مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تخليكه منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان غلبه بآداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله غبدا يساوي مائة فدفعت به فهو على هذا الخلاف

فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسيبيله التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله بعد يساوي مائة فدفعت به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله بعد قيمة مائة فدفعت به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بغيره فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قبل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله بعد قيمة مائة فدفعت به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بغيره فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة

شراء فكذلك حبسا بالدين ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماله تسعة مائة بان يزاد قيمته حتى ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة فدنا نير فانه يبقى جميع الدين باعتباره لانه يتوهم استيفاء جميع الدين منه بان يعز الدنانير حتى يبلغ قيمة هذه الدنانير ألف درهم (قوله وان كان أمره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة) ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح الاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينقص سعره مع البيع أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله ويصح عنده ما ان قال بيع بمائة واداه مع البيع صار المرتهن وكيل الراهن لم يباعه باذنه وصار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا (قوله وان قتله بعد قيمة مائة) أي قتل العبد الذي يساوي ألفا وهو رهن بألف ولم تراجع سعره فدفعت مكانه افتكه بجميع الدين من غير خيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقول محمد وزفر رحمه الله مذكور في الكتاب وعلى هذا الخلاف اذا قتله بعد ما تراجع سعره الى مائة فدفعت به وهذا فصول أربعة احداها ان ينقص سعره وعينه قائم والثاني أن يقتله حر بعد ما تراجع سعره وغرم قيمته ففهم ما خلاف زفر رحمه الله والثالث ان يأمر الراهن ببيعه فباعه بمائة وهذا الفصل بالاتفاق والرابع ما اذا قتله بعد قيمة مائة فدفعت به ففهم خلاف محمد وزفر رحمه الله (قوله كلما يبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب) أي اذا قتلها ما عبد ودفع مكانه ما وانما قيد فيها بما قتل لأن سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشتري والمغصوب منه بل يأخذهما من غير خيار ما لو قتلها ما عبد فدفعت مكانه ما يخير المشتري بين ان يأخذ به كل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير

وقوله (لحاودما) يعني صورة ومعنى أما صورة فظاهر وأما معنى فلان القاتل كما مقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزءا من حيث الأدمية دون المسالية ألا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذلك في حق الدفوع أيضا وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني اذا قتله ما عبد ودفع مكانه ما فان المشتري يخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله (وأنه منسوخ) يعني بقوله عليه الصلاة والسلام لا يباقي الرهن ثلاثا وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف)

قيل في بعض الشروح هذا

تكرار لاجل حاله لان وضع
المسئلة في الفصل الثالث
يعنى ما عرنا عنه ههنا
بالصورة الثالثة فيما
اذا تراجع سعر الرهن الى
مائة فقط له بعد قيمة مائة
فدفع به وقد ذكر الخلاف
فيه فلا حاجة الى أن يقول
بعد ذلك فيه بعينه فهو على
هذا الخلاف وكذلك
صاحب النهاية جعل الصورة

الثالثة فيما اذا تراجع
السعر لكنه لم يتعرض
لوقوع التكرار وهو لازم
عليه أيضا في ذلك سوء ظن
بمثل صاحب الهداية الذي
حاز قصصات السبق في
مضمار التحقيق وانما
الصورة الثالثة في غير
تراجع السعر كما كرنا
وهذا المسئلة في صورة
التراجع ولا تكرار ثمة
(واذا قتل العبد الرهن قتيلا
خطا فضمن الجناية على
المرتهن) يعنى اذا كانت
القيمة والدين سواء أما اذا
كانت القيمة أكثر فسيأتى
وانما كانت الجناية عليه
لان العبد في ضمانه وقوله
(لان العبد كالحاصل له
بعوض كان على المرتهن)
يعنى واذا كان على المرتهن
وقد أداء الرهن وجب
له على المرتهن مثل ما أدى
الى ولي الجناية وللمرتهن

(قوله قيل في بعض
الشروح) أقول القائل هو
الاتقاني (قوله وكذلك
صاحب النهاية جعل

(واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطا فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لانه لا يملك التملك (ولو فدى
طهر المحل بقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ من الفداء) لان الجناية حصلت في ضمانه فكان
عليه اصلا حجار ولو أبى المرتهن أن يفدى قبل للراهن ادفع العبد أو فديه بالدية) لان المالك في الرقبة قائم له وانما
الى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين
الدفع والفداء (فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق معنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك ان
فدى) لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك
مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم
يسقط شئ من الدين كإلوهلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون
مالا يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كافي الفداء وان أبى قبل للراهن بقه في
الدين الآن يختار أن يؤدي عنه فان أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء (وان لم يؤديه يبيع العبد

الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل
صاحب الهداية الذي حاز قصصات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما
ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة الى هنا لفظا لعناية أقول ما مر في بيان صور المسائل الثلاث
انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع
السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب
النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيها هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعها فان
نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوى ألفا بالف الى أجل فنقص في
السعر ورجهت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من
حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجهت
بمسعمائة فان قتله بعد قيمته مائة فدفع اليه مسكاه افتدكه بجميع الدين وقال بمحدرجه الله هو بالخيار ان شاء
افتدكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فان قتله عبد الخ
عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله
في المعطوف عليه ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذا
الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان أخرج الضمير في
المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من ارجاعه الى
مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كذا
التقدير لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار أو أما الرجاء
الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فما لا تساعد العبارة المذكورة قطعا

المبيع وفي الغصب يتغير المصوب منه بين ان يأخذ المدفوع وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المصوب (قوله
واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطا فضمن الجناية على المرتهن) أي اذا كانت قيمة العبد والدين سواء لان العبد
في ضمانه ويقال للمرتهن افد العبد من الجناية فاذا فاداه كان دينه على حاله وانما يدى بالمرتهن لانا لو خاطبنا
الراهن من الجانبان يختار الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لان له ان يقول أنا أفدى حتى أصلح رهني (قوله
فصار كالهلاك) والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن (قوله كالحاصل له بعوض كان
على المرتهن) وهو الفداء واذا كان على المرتهن فقد أداء الرهن فيصير للراهن على المرتهن مثل ما أدى الى ولي
الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون الراهن متبرعا في أداء الفداء
لانه يسعى في تخليص ملكه كعبر الراهن

الصورة الثالثة فيما اذا لم تراجع السعر) أقول وكذلك جعل السكاكي في معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح

على الراهن دين فالتبقيصة صاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في أداء الغداء لانه يسمى في تجليص ملكه كغير الرهن وقوله (وحق ولى الجناية) بالجر معطوف على دين المرتهن يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولى الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما باتى في الديات وقوله (للتقدم على حق المولى) أى لتقدم على حق المولى وإذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المسالبة وولى الجناية في ملك العين

(قال المصنف لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية الخ) أقول قال الاتقاني قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لغظ دين العبد أو بحمله معناه (١٢٦) أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجناية أيضا تقدم على حق المرتهن

فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى على مقتضى العربية فلا رجة للمصير اليه تبصر ترشد (قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما باتى في الديات وقوله (للتقدم على حق المولى) أى لتقدم على حق المولى وإذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية لان المرتهن يقوم مقام المولى في المسالبة وولى الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه وواقفني أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لغظ دين العبد أو بحمله معناه ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجناية أيضا تقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى و بدل على هذا التقرير نصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر أنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المهرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قبل ان يخطأ ففهم ان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد نائبا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المهرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولى الجناية أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولى الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فاقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها ادفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولى الجناية وفى المسئلة تقدم حق ولى الجناية ثم ترتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لاحتماله الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلامه هو ولا الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها الا لا يشتمل على القطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أولا الى ولى الجناية الا أنه لم يبق في يده بل يبيع ودفع ثمنه الى الغرماء

(قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية) أى وعلى حق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى بدليل أنه لو استهلك المالا يباع فيه ولا يؤخر الى ان يعتق ومقدم على ولى الجناية لانه وان دفع الى ولى الجناية أولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر علم ان الدين كان مقدما حقيقة وإذا كان دين العبد مقدما على حق المولى فلان يكون مقدما على حق المرتهن أولى لان المولى حقيقة المالك وللمرتهن اتصال حق بمسألة العبد وانما يقدم حق المرتهن على المولى فيما اذا كان بين المولى والمرتهن لان المولى أثر المرتهن على نفسه اما ههنا الكلام في حق الثالث معهم بسبب دين ثبت له في رقبة العبد به اندفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولى الجناية وفى المسئلة تقدم حق ولى الجناية ثم ترتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لاحتماله انتهى ونحن نقول فيسبب بحث فانه تاخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق في يده ولى الجناية شئ كالأجنبي (قوله وحق ولى الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصب أولى عطفا على حق ولى الجناية مقدم على دين المرتهن وانما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول في دلالة على التقدم على حق ولى الجناية بحث فانه كما يقال للمولى في الاستهلاك يبيع أو أدام المال كذلك يقال في الجناية ادفع أو اقدر قوله فان المرتهن يقوم مقام المولى في المسالبة) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المسالبة حيث يبيع ويهبط ثمنه فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولى الجناية بل عكسه أظهر لان المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد وعليلك بامعان النظر

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى و بدل على هذا التقرير نصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر أنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المهرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قبل ان يخطأ ففهم ان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد نائبا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المهرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولى الجناية أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولى الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فاقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد

(فان)

(فان فضل شيء ودين فريم العبد مثل دين المرتن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتن) لان الرقبة استحققت المعنى هو في ضمان المرتن فاشبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتن قد حل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الفريم أخذ الثمن ولم يرجع بمباقي على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيمتاخروا بما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما اذ يباه) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والغداء في المضمون على المرتن وفي الأمانة على الراهن فان أجمع على الدفع دفعه وبطل دين المرتن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتن لما بينا وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول بان قال أنا أفدى راهننا كان أو مرهننا) أما المرتن فلانه ليس في الغداء بطلان حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره لراهن ابطال المرتن وكذا في جناية تولد الرهن اذا قال المرتن أنا أفدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه سواه في الغداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفسد أو أما الراهن فلانه ليس للمرتن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتن في الغداء متطوعا في حصته الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه لا يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور وسندين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبا المرتن أن يفسد أو وفاء الراهن فانه يختص على المرتن نصف الفداء من دينه)

وقد نبه عليه صاحب الكفاية بتحديث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية أو لا لكن اذ يبيع لم يسبق للدفع أن يرفع لم أن الدين كان مقدما حقيقة اه (قوله فان نضل شيء الخ) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا رستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الفريم شيء من ثمن العبد الذي يبيع فيلزم أن لا ينتظم المعنى اللهم الآن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسئلة مباينة للمسئلة الاولى. قباله لاهلا متفرعة عليها ويكون الغاء في قوله فان فضل لمجرد الترتيب الذي كرى كما تستعمل الغاء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل

(قوله والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتن لما بيناه) وهو قوله لانه لا يملك التملك قوله فان تشاحا) بان قال المرتن أنا أفدى أو قال المرتن أنا أفدى أو على العكس فالقول بان قال أنا أفدى راهننا كان أو مرهننا وذلك لان الراهن اذا قال أنا أفدى فلراهن بالدفع بسقط حق المرتن والمرتهن بقوله أنا أفدى لا يسقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسه من غير اضطرار بالراهن فلذلك كان اختيار المرتن الغداء أولى وأما لو قال الراهن أنا أفدى وقال المرتن أنا أفدى فليس الدفع الى المرتن ولا فائدة أيضا في اختيار المرتن الدفع لانه بسقط دينه بالدفع كما يسقط بالغداء وفي الدفع اسقاط حق الراهن في الرقبة وله غرض صحيح في استيفاء الرقبة بالغداء فكان في اختيار المرتن الدفع تعويث غرض الآخر من غير فائدة فلا يعتبر (قوله وهو محبوس بدينه) وله في الغداء غرض صحيح وهو زيادة التوثق لاستيفاء دينه (قوله وهذا على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور) وفي المبسوط أبو حنيفة رحمه الله يقول المرتن أحسن مطالب بالغداء في هذه الحالة فلا يكون متبرعا به كالراهن وهذه النكتة تنفع في ان لا يكون متبرعا به بالحضر أيضا وروى عنه على عكس هذا أنه لا يصير متبرعا به بالحضر ويكون متبرعا به الغيبة لان المرتن لا يخاطب بالدفع حال غيبته الراهن ولا يمكنهم الاخذ منه فيكون متبرعا في الغداء وله الحضر والحضي عليه بخطأهما بالدفع أو الغداء فلا يتوصل الى الحبس الا بالغداء فلا يكون متبرعا كما صاحب العللواذني السفل ثم يابى اعلو عليه لا يكون متبرعا بهذا مثله (قوله وسندين القولين) أي قول أبي حنيفة رحمه الله وقول مخالفه وما ذكر

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه لا يملك التملك وقوله (فان تشاحا) بان اختيار الراهن الغداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالتعبر هو الغداء وذكر جانب المرتن اذا اختار الغداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالتعبر هو الغداء وذكر جانب المرتن اذا اختار الغداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن

(قال المصنف فان أجمع على دفع دفعنا) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعنا ولا يقال المراد رضىنا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسيما عن الاجماع على الدفع والمخلص التعليل

وقوله (لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحد هما أو أجمعهما ما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الغداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده هو الموجود بقوله وسنين القولين (١٢٨) وما بعده واضح الخ * (فصل) * هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر

المكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خالوا لم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا يعتبر بنقصان القيمة لان الغائب مجرد وصف وبفواته

لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الغداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الغداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الغداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الغداء في نصف كان عليه فإذا أداه الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدنه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى لك غيره بغير أمره فاشبهه الاجنبي وله أنه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا أداه المرتهن فقد تبرع كلاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا فعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصبه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الوصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذلك الوصي (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا أو امره ببيعته) لان القاضي نصب ناظر لحقوق المسلمين اذا عجز واعن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليدفع ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره (وان كان على الميت دين فله رهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرما لم يميز ولا لاخرين أن يردوه) لانه آثر بعض الغرما بالبقاء الحكمي فاشبهه الايثار بالايفاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالايفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدن للميت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو ملكه قال رضى الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات تذكر هاهنا في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

* (فصل) * قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة)

* (فصل) * هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أخره استندوا كالمسائل

بعد هذا بخطوط في قوله ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الى آخره (قوله لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) لان موجب الجناية الدفع أو الغداء وعلى التقديرين يسقط الدين على الذكرك في الكتاب انه ان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصارت كالهلاك وكذلك اذا فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الغداء فيكون سقوط الدين من الوازم فلم يتمكن الراهن من الخروج عن موجب الجناية لا وسقوط دين المرتهن يلزمه فلم يجعل الراهن في الغداء متطوعا لانه قصده تطهير ملكه من الجناية وهو يحتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا في نصيب المرتهن كغير الرهن اذا قضى الدين ثم ان رد عليه المرتهن نصف الغداء بقي مرهونا كالجواب به وان أبي ذلك ونصف الغداء مثل الدين أو أكثر فخرج من رهن لان المرتهن حين أبي الغداء رضى باتوانه فيحصل في حقه كأنه هلك (قوله وان كان غائبا لم يكن متطوعا) ذكر الغيبة مطلقا وكذا في الايضاح والمبسوط وشرط في الاسرار ان تكون الغيبة منقطعة (قوله لانه آثر بعض الغرما بالايفاء الحكمي) لان موجب عقد الرهن ثبوت بد الاستيفاء حكما فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي (قوله جاز) أي عقد الرهن وهذا كل رهن اذا باع لا ينفذ به لحق المرتهن وان قضى الراهن دينه ينفذ البيع والله أعلم بالصواب

* (فصل) * (قوله) ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة

(قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزليبي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الغداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ

العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجته الى الغداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا أو ما في حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبها بالدفع والغداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالغداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفيل ثم بنى عليه علوه اه ولا يخفى أن هذا الوجه رد اعتراضا على ظاهر آي رواية ولا يخالف خلاص

عنه عن الاشكال * (فصل ومن رهن عصيرا) * قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمة عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة الخ أقول قال الزليبي بشرى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصور والخل من المقدرات لانه امامكيسل أو موزون وفيه مانع من القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كفي انكسار القالب وانما يوجب اختيارا على ما ذكرنا لان الغائب في مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكبل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجاء التعابة فيكون الحكم

في المكيل والموزون لا يسهل شيء من الدين عندهم وإنما يتغير الراهن بين أن يفتكته ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجهلها رهنه
عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بن أن يفتكته ناقصا وبين أن يجهلها بالدين كما في القاب إذا أنكسر نقوله يساوي عشرة وقوع انقاعها
وقوله (لأن ما يكون محلا للبيع) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج إلى المحل فيعتبر محله بالخراب لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى
أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يطل عقده فكذلك في الرهن والرائل أن يقول ما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ما بال هذا
تخلف عن ذلك الأصل ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف لذلك تخلف عن ذلك الأصل
واعلم أن العصبير المرهون إذا تخمر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس فإن كانا كافرين
فلهن بحاله تخلل أو لم يتخلل وفي الأقسام الباقية أن تخلل فكذلك واليه يلوح إطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم
يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يتخلله أولا فيه تفصيل أن كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليله لأن المسألة وإن تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن
وذلك بسقط الدين لكن أعادتهم بمكة بالتخلل فصار كتحليل الرهن من الجنابة والمرتهن ذلك وإذا جاز ذلك في المسلمين والخراب ليس بمحل بالنسبة
اليهم فلان يجوز في الزهني الكافر أو لا لا محل بالنسبة اليه وأما إذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لأن صفة الخرية
لا تعدم المسألة في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فإن خلاها ضمن قيمتها يوم خلتها لأنه ما رغبنا عما صنع كولو غصب خرد في تخليلها فالحل له
وتوقع المقاصد أن كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة أن نقصت قيمتها يوم (١٢٩) التخليل من دينه وقوله (فهو رهن

بدرهم) يعني أن كانت قيمة
الجلد يوم الرهن درهما
وأما إذا كانت قيمة يومئذ
درهمين فهو رهن بدرهمين
ويعرف ذلك بأن ينظر إلى
قيمة الشاة حية ومسلوخة
فإن كانت قيمتها حية عشرة
وقيمتها مسلوخة تسعة كانت
قيمة الجلد يوم الارتهان
درهما وان كانت قيمتها
مسلوخة ثمانية كانت
درهمين هذا إذا كانت
القيمة مثل الدين فإن كانت
أكثر أو أقل فهي
مذكورة في النهاية قال
(وغاء لرهن للراهن الخ)

لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذا الحلية بالمسألة فيها والخراب أن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل
له بقاء حتى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد لأنه يتغير في البيع لا يتغير وصف المبيع بمزلة
ما إذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فبانت قد بلغ جلد فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم)
لأن الرهن يتقرر بالهالك فإذا حبي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المباعة قبل القبض
فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهالك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر
بالهالك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال (وغاء الرهن للراهن وهو
فيما سبق) قوله لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذا الحلية بالمسألة فيها والخراب أن لم يكن محلا للبيع
ابتداء فهو محل له بقاء) أقول لرائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما
ذكر صاحب المحيط هذا إذا لم ينقص من الوزن شيء فاما إذا نقص من الدين بقدر النقصان ويكون هو رهنه
بما بقي من الدين وقوله ثم صار خلا يساوي عشرة هذا القيد وقوع انقاعا لأن انتقص القيمة لا يوجب سقوط
شيء من الدين إذا بقي القدر على حاله كولو أنكسر القلب وبقي الوزن على حاله (قوله فهو محل له بقاء) وذلك
لأن الحر مال لأنه ليس بمنقوض فبالنظر إلى جهة المسألة يقتضي الحلية والنظر إلى أنه ليس بمنقوض يقتضي انعدام
الحلية فعملنا بالشبهين فقلنا بأنه ليس بمحل ابتداء وأنه محل بقاء ولم نقل بالعكس لأن ما يكون محلا للابتداء
فهو محل للبقاء فإن البقاء أسهل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين (قوله فصار يساوي درهما فهو رهن
بدرهم) هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمين كان الجلد

(١٧ - تمكمله الفقه والكفاية) - (تاسع) الأصل أن الأوصاف القارة في الامهات تسري إلى الأولاد إذا كانت
صالحة لأحكامها والرهن منها السكونه حقا لا زما إذا لازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جلة الام ولا ينغرد من عليه بإبطال حكمه ككونها
حرة وقنة ومبيعة ومكاتب ومديرة وانما فسرنا بذلك لا لئلا ترد كغالبه الحر فأنه ما تسري إلى الأولاد والركاة بعد كمال الحول كذلك فأنه ما يثبتان
فيه أنه أن نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والأدلة اه فكن الأصوب أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والمقدار باق على حاله
(قال المصنف لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه ما نعارض قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك
فما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحث لأن مال ما ذكره أن يكون السائب لاقبيلته الحلية وهو تبدل وصف العصبير يتألى الخرية بمصالحها
والأولى أن يجاب بأن الخرية قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما إذا كان لمسلم عصبير فتخمر فأنه لا يخرب به عن ملكه فإذا مات برثه قريبه
المسلم فثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقد شرع لأحكامها وانما يمكن محلا للابتداء لأنه عن الاقتراب والاعتقاد ولا يوجد ذلك في البقاء
فليتنا مل (قوله والخراب ليس بمحل) أقول للرهن ابتداء (قوله لأنه محل بالنسبة اليه) أقول نعم لأنه ليس كتحليل الرهن من الجنابة بالنسبة
اليه لكن لا غرر وفان كونه كذلك بالنسبة إلى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي اللزوم (قوله فأنه ما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك
لا في عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لئلا يرد الخ يعني لا في جملتها أي في جلة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها
مالا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجهلها ثم أقول ولأن أن تقول بخراج الجواب عن ولا المستأجرة والموصى بخدمتها بانها مالا يثبتان في

مثل الولد والتمر واللبن والصوف) لانه متولد من ماله وكذا يكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه

ظهور فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصبير بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية ولعلنا قل أن يقول

رهنا بدرهمين وانما يعرف هذا فيما اذا نظر الى قيمة الجلد والى قيمة اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمة اللحم تسعة وقيمة الجلد درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف اذا نظر الى قيمة الشاة حية والى قيمتها مسلوخة فان كانت قيمتها عشرة وقيمتهما مسلوخة تسعة علم أن قيمة الجلد درهمين لان بازاء كل درهم من الشاة درهم من الدين فيسقط من الدين تسعة ويبقى الجلد رهنا بدرهمين وان كانت قيمتها عشرة وقيمتهما مسلوخة ثمانية علم ان قيمة الجلد درهمين فيكون الجلد رهنا بدرهمين وانما وجب النظر الى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة لان الاصل ان قيمة الرهن انما تعتبر يوم الارتهان هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت قيمة الشاة مثل الدين اما اذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين بان كانت قيمة الشاة عشرين وقد دبغ الجلد فانه ينظر الى قيمة الجلد والى اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمة يوم الارتهان درهمين بان كانت قيمتها عشرة وعشرين وتسعة وتسعة عشر علم ان قيمة الجلد كانت درهما فيكون رهنا بنصف درهم لان بازاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم ويسقط بازاء اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة أقل من الدين بان كانت قيمتها خمسة وقد دبغ الجلد وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما فقد ذهب من الدين اربعة والجلد رهن بستة لان الخمسة من الدين كانت باقية وبمقابله الخمسة الاخرى كانت الشاة رهونة فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهب وهو الخمسة وقد عاد من الساقط بقدر ماله الجلد بالدباغة وهو درهم وكل خمرة من الرهن محبوس بجميع الدين فلماذا كان الجلد رهنا بما بقي من الدين وهو ستة ولم يعد اربعة لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى عن اللحم وقد كان بقي عليه من الدين خمسة فكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد رهنا بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهم واحد فيرجع على الراهن بالخمس الباقية من الدين ثم هذا الذي ذكره محمد رحمه الله ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا بشئ ادا حصل دبغ الجلد من المرحن بشئ لا قيمة له بان تربه أو تمسه لانه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئا حتى يستحق حبس الجلد فاما اذا حصل الدبغ بماله قيمة للمرحن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه كولو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة واذا استحق الحبس بدین حدث وجب له على الراهن هل يبطل الرهن الاول أم لا قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله فيه قولان في أحدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة ما زاد الدباغة فيه حتى لو أدى الراهن قيمة ما زاد الدباغة فيه أخذ الجلد لانه صار رهنا بالدين الثاني حكاه ولو صار رهنا بالدين الثاني حقيقة بان قال الراهن جعلته رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول بالثاني فكذا اذا صار رهنا به حكاه في القول الآخر لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشئ انما يبطل بما هو مثله أو فوقه ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف وبنفسه بالبيع بالف وخمسائة لانه مثله ولا ينفسخ بالرهن والاجارة لانه دونه والرهن الثاني ههنا دون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد الدبغ وتلك المالية تباع للجلد فانه وصفه والوصف يتبع الاصل والرهن الاول بما يحكم هو أصل بنفسه وليس يتبع غيره فيكون أقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني ويثبت الثاني أيضا لانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن قوله ويكون رهنا مع الاصل على معنى أنه يحبس كما يحبس الرهن (قوله والرهن حق لازم فيسرى اليه) ومعنى قوله لازم أي مناه كد بحيث لا يختار فيه ودليل التاكيد هو ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف حق ولي الجنابة في الامة الجنابة حيث لا يسرى الى الولد لانه ليس بتاكيد في الجار يتحقق ينفرد المالك من ابطاله بالفساد والاصل في هذا ما هو الجاري على ألسن الفقهاء بقولهم الاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد والرهن من الاوصاف القارة في الامهات فيسرى الى

في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات وللايرد ولد الجنابة فان من عليه ينفرد بالابطال باختبار الغداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحياتها لاحكام الارصاف للايرد ولد المصوبة والمستأجرة والمذكورة والموصى بخلافها لان الاولاد حين الولادة لم تبلغ لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب

عين الامهات لكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله وللايرد ولد الجنابة فان من عليه الخ) أقول لفظه من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالابطال أقول أي باطل الجنابة عن الام بالتزواج في ذمته باختبار الغداء (قوله باختبار الغداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا قارا لا يراد نفيها لعدم ثبوتها

(فان هلك بملك بغير شيء) لان الاتباع لا قسط لها بما يقابل بالاصل لانهم لم تدخل تحت العقد مقصودا اذا لفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل وبقي النماء افنكته الرهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفك) لان الرهن يصير مضموما بالقبض والزيادة تصير مقصودا بالفك كذا في وقتها والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فاصاب الاصل بسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا

ما يرجع الى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء فبالا هذا تخلف عن ذلك الاصل قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكمه يتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل اه أقول في الجواب بحث اذا قائل أن يعود ويقول لو كان يتبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فبذا اشترى عصيرا ففخمر قبل القبض ادعى تقدر بتبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الثانية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيرا ففخمر قبل القبض يبقى العقد لأنه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا قلنا قائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكا وما الفارق بينهما ما بال الجملة لا كلام بحال في كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور وجه آخر حيث قال فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب اقابلية المحل وهو تبدل وصف العصبير يتألى الخريته معصهاها وقال والاولى أن يجاب بان الخري قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان مسلم عصير ففخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

الولد وقال الشافعي رحمه الله النماء ليس برهن وبه قال مالك رحمه الله لان اثبات الرهن حق البيع في الدين عنده وذال ليس بحق متا كفي العين فلا يسرى الى الولد كحق الوكالة بالبيع ولا يقال بشكل بالخارية الموصى بخدمة منها اذا ولدت لا يسرى حق الموصى له بالخدمة الى الولد وان كان حق الموصى له لازما لا نقول حق الموصى له في المنفعة لاني العين الا أنه لا يتوصل الى المنفعة الا بالكون العين محبوسة عنده فكان تعلق حقه بالعين باعتبار الضرورة فلا يعمد موضع الضرورة كالمستأجرة اذا ولدت لا يسرى حق المستأجر الى الولد فكذا ههنا (قوله لانهم لم تدخل تحت العقد) أي الاوصاف والاتباع لم تدخل تحت العقد الوارد على الاصل مقصودا فلا يكون لها قسط مما يقابل بالاصل فان قيل بشكل بار وش أطراف الرهن فانها تباع للرهن ومع ذلك يكون في مقابلتها شيء من الدين المقابل بالاصل حتى يسقط من الدين اذا هلك الارش في يد الرهن ثم بقدر قلنا الاطراف اذا وجد فيها فعل حسي تكون مقصودة فاذا كان الطرف مقصودا بواسطة الفعل الحسي يكون الارش وهو انما يجب بدلا عن ما يتبع مقصودا كذلك فلا يرد ذلك نقضا علينا (قوله والزيادة تصير مقصودة بالفك) وذلك لان الزيادة لا تصير مقصودة الا بفعل حسي كذا ذكرنا ولا فعل ههنا سوى الفك فكذلك تصير مقصودا به فاذا صار مقصودا لا بد من القول بان في مقابله شيء لا يكون في مقابله شيء لما كان لا بقائه فائدة والشرع منزه عن مثله وانما قلنا بان الرهن باق فيه لانه كان ههنا في حياة الام وموت الام لا يبطل الرهن بل ينتهي والشئ اذا انتهى تقرر فاذا تقرر الرهن في الام يبقى في الولد كما كان اذا التبعية بينهما انما كانت حكما لا حسا واذا كانت التبعية حكما يبقى كذلك تبعا للاصل حكمه وان هلك حسا كولد المبيعة قبل القبض اذا ماتت المبيعة يبقى البيع ببقاء الولد والبيع انما ثبت في الولد بطريق التبعية بدليل ان الولد لو مات عند البائع لا يسقط من الثمن شيء ثم اذا بقي الرهن في الولد يعتبر قيمته يوم الفك لان الولد انما يصير في مقابله من الدين شيء يوم الفك (قوله والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع لا يكون لولد المبيع حصه من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض (قوله فاصاب الاصل بسقط من الدين) لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افنكته الرهن لما ذكرنا أي لكونه مقصودا بالفك فكذلك نفسه يصير اذا كانت قيمة الاصل ألغوا الولد بساوي ألفا فالدين نصفان في الظاهر فان مات

فظاهر وأما في الغصب فلان الضمان به يتم بسقط مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم أن نساء الرهن كالابن والغير والصوف والولد للرهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تباع له في الاصل وصفاً لازماً الملك وكونه رهنا تفسيران الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذ لم تكن مقصودة لانهم لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افنكته الرهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم للازم (قوله وأما في الغصب فلان الضمان به يتم بسقط مقصودا الخ) أقول واذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصودا انعدم حكمه لا بحالة

وقيمه النماء يوم الفكالك لانه انما صار مضمونا به ولو هلك قبله هلك بمجانا والتبع بقباله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصته من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صار مقصودا بالفكالك فيخصه شئ من الدين فاصاب الاصل يسقط من الدين بقوله لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء (١٣٢) افكالك الراهن به وقوله (وهو المسائل على هذا الاصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين

وما اصاب النماء افكالك الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتماه في الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شئ من ذلك) اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتعليق فتصح مع الخطر (ولا يسقط شئ من الدين) لانه اتاغه باذن المالك (فان لم يغتلك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فاصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واُتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا باو قال أبو يوسف وتجوز الزيادة في الدين أيضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فبهم والخلاف معهم في الرهن والثمن والأمين

قر به المسلم فيثبت له الملك ابتداء بقاء والعقد شرعت لاحكامها وانما لم يكن محللا للعقد ابتداء للتمسك عن الاقتراب والاعتراض ولا يوجب ذلك في البقاء فليتنامل انتهى الى هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله واقائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محللا للمبيع يكون محللا للرهن والخبر ان لم يكن محللا للمبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فسامعني كون الخبر محسلا للمبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بان الخبر قابل لحكم المبيع وهو الملك ابتداء بقاء لا يدفع السؤال المزبور والمورد على قولهم في التعليل المذكور وان الخبر ان لم يكن محللا للمبيع ابتداء فهو محل له بقاء بل يكون ما له تغيير تعليمهم المذكور الى أن يقال ان ما يكون محكلا للمبيع يكون محكلا للرهن والخبر قابل لحكم المبيع ابتداء بقاء فكذلك في الرهن وهذا مع كونه عدلا عن تعليمهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب أن ما يكون محكلا للمبيع وهو ملك العين لا يكون محكلا للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والجلب للمرتهن لا غير كما تقرر

الولد ذهب بغير شئ ويبقى الدين بازاء الام وان ماتت الام وبقي الولد فان افكلكه بنصف الدين وان هلك الولد عدمت الام ذهب بغير شئ وذهب كل الدين بموت الام (قوله ولا يسقط شئ من الدين لانه اتاغه باذن المالك) وفي الذخيرة اذا احلب المرتهن الشاة التي هي رهن باذن الراهن وشربه فلا ضمان عليه وبسقط شئ من الدين ولو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب عليه الضمان فيكون رهنا عند المرتهن وبمجرى ما بالدين مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن ضمن قيمته وتكون القمير رهنا عند المرتهن مع الشاة ثم التقييد بالشاة انما اظهر فائدة في جانب الضمان فيما اذا احلبها بغير اذنه حتى ان المرهون لو كان أمة فارضعت صبي المرتهن بغير اذن الراهن لم يحسب به لان لبن الأم لا يلدن له (قوله وتجوز الزيادة في الرهن) بان رهن ثوبا بعشرة في عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون رهنا مع الاول بعشرة ولا تجوز الزيادة في الدين عند أبي حنيفة ومحمد وجهه الله وهو القياس أي اذا هو عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين آخر بالشراء أو الاستعراض فيجعلان الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث عندهما بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق (قوله والخلاف معهم في الرهن) أي في زيادة

على قيمته ما يوم القبض والفكالك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فاعرض عنها وتابعنا في ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فما حلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل النماء في خبرها وقوله (لانه اتاغه باذن المالك) فيه إشارة الى أنه لو تلف بغير اذنه ضمن وكانت القمير رهنا مع الشاة وكذا لو فصل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا وجهه الله والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والأمين والمهر والمذكوحة وهو أن زوج المولى أمته من رجل بالف ثم زوج أمته أخرى بذلك الالف وقبل الزوج به مع العقد ان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار

وطريقة البرعزي وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حماد الدين الضرير وجهه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحه أن يقول المولى زدتك لك أمة أخرى بذلك المهر أمالوقال زو جتك (قوله وقيمة النماء يوم الفكالك لانه انما صار مضمونا به) أقول الضمير في به راجع الى الفكالك (قوله اذا صار مقصودا بالقبض) أقول اذا ماتت الام (قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهنا بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير

والمهر والمنكحة سواء وقد ذكرناه في المبيع ولا يبي يوسف في الخلافية الاخرى أن الدين في باب
 الرهن كالتمن في المبيع والرهن كالتن فنجوز الزيادة فيه كما في المبيع والجامع بينهما الالتحاق باصل
 العقد للحاجة والامكان وهما هو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع
 عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبدا
 بخمسمائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفا وهذا شريع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف
 الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاءه والالتحاق باصل
 العقد في بدلي العقد بخلاف المبيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صححت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة
 قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها
 خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين
 اعتبارا بقيمتها في وقتي الاعتبار وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد
 فيما سر (قوله وهما هو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول
 لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهم لأن دليل أبي يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير
 المصنف اياه حيث قال أن الدين في باب الرهن كالتن في المبيع والرهن كالتن في المبيع والجامع بينهما الالتحاق
 باصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي التقييد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء
 تقرير دليلهم والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه
 الرهن والمنكحة أي في زيادة المنكحة بان زوج المولى أسمن رجلا بمهر مقدّر ثم زوج المولى أمة أخرى
 منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح وينقسم الالف عليهما (قوله وقد ذكرناه في المبيع) أي في الفصل
 الذي ذكره في باب المراجعة والتولية (قوله ولا يبي يوسف رحمه الله في الخلافية الاخرى) وهو قوله وقال أبو
 يوسف رحمه الله تجوز الزيادة في الدين أيضا (قوله أن الدين في باب الرهن كالتن في المبيع والرهن كالتن)
 حتى يكون الرهن محجوبا بالدين مضمونا به كالبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن ملحقة باصل العقد فكذا الزيادة
 في الدين كالزيادة في المبيع والثمن (قوله والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد) للحاجة والامكان الزيادة في
 الثمن انما يصح بالتخاذهما باصل العقد فانه لو لا ذلك لم يصح الزيادة ثمنا فكذا الزيادة في المبيع تصح لهذا
 الوصف أيضا والدين مع الرهن كالتن مع المبيع ويجوز الزيادة في الرهن بالحق الزيادة باصل العقد فكذا
 الزيادة في الدين بجميع الحاجات والامكان فان الحاجة تنس إلى الزيادة في الدين كتنس إلى الزيادة في الرهن
 بان يكون في مائة الرهن فضل على الدين ويحتاج الراد إلى مال آخر فيصعقلانه رهنًا بهما وأما الامكان فلأن
 العقد بعد الالتحاق بتغير من وصف مشروع إلى وصف مشروع بان يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقل وأنه
 مشروع في الابتداء فكذا في الانتهاء وهما أن الزيادة في الدين تؤدي إلى الشروع في الرهن لأن بعض
 الرهن يفرغ من الدين الاول ليثبت فيه ضمان الدين الثاني فبقي حكم الاول في البعض مشاعا والشروع
 في الرهن يمنع صحة الرهن فالما الزيادة في الرهن فتؤدي إلى الشروع في الدين لأن بعض الدين يتحول ضمانه
 من الرهن الاول إلى الثاني والشروع في الدين لا يضر كل واحد منهما بنصف الدين رهنًا (قوله والالتحاق باصل
 العقد غير ممكن في طرف الدين) جواب لابي يوسف رحمه الله في قوله والامكان لأن الالتحاق باصل العقد
 في المعقود عليه أو المعقود به والدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد
 والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلا يمكن اثبات الزيادة فيه ملحقة باصل
 العقد وأما الرهن فمعقود عليه لأنه لم يكن محجوبا سابقا بعقد الرهن ولا يبقى محجوبا بعد عقد الرهن فالزيادة
 في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد والثمن يجب بالعقد فيكون معقودا به فوضع الفرق
 (قوله ويسمى هذه) أي الزيادة في الرهن زيادة قصدية بخلاف إلغاء الرهن فان ذلك زيادة في الرهن

هذه الأمة الاخرى بذلك
 المهز لزم أن يصح وقوله
 (ألا ترى أنه لو رهن عبدا
 بخمسمائة) يعني من الدين
 الذي هو ألف فيكون بنصف
 الدين كان جائزا ولو رهن
 ثوبا بعشرين نصفه بعشرة
 ونصفه بعشرة لم يصح وقوله
 (والالتحاق باصل العقد)
 انفساد للجامع الذي ذكره
 أبو يوسف رحمه الله وهو
 واضح وحاصله أن الالتحاق
 باصل العقد انما يتصور اذا
 كانت الزيادة في المعقود عليه
 أو المعقود به والزيادة في
 الدين ليست في شيء من ذلك
 أما أنه غير معقود عليه فظاهر
 وأما أنه ليس بمعقود به
 فلو جوبه بسببه قبل عقد الرهن
 بخلاف الرهن فانه معقود
 عليه لأنه لم يكن محجوبا قبل
 عقد الرهن ولا يبقى بعده
 وقوله (وتسمى هذه زيادة
 قصدية) يعني بخلاف إلغاء
 صحة لأن الاستدانة بعد
 الاستدانة قبل قضاء الدين
 الاول جائزا جماعا (قال
 المصنف وقد ذكرناه في
 المبيع) أقول المذكور
 فيه خلافا في زيادة الثمن
 وحطه لا غير (قوله أن
 يقول الولي زدت أمة
 أخرى) أقول فانه ليس فيه

الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية وهذا الاختلاف كما قوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني اذا رهن جارية بالف تساوى الف الفولدت ولدا يساوى ألفا فقال الراهن زدتك (١٣٤) هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوى ألفا جزا العقد ويكون العبد رهنا مع

منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لانه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فساأصاب الام قسم عليها وعلى ولدها) لان الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبدا يساوى ألفا بالف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنما كان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتين في الاخير أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج من الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهم صار ضابدا دخول أحدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قبل بشرط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد أمته وبه الرهن يداسته فاه وضمنان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جيباد

المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أمتنا الثلاثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان أصابهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تعيد المصنف ههنا هذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الاخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهما في الخلافية الاولى (قوله والاتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق رجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن يكون الدين الذي يدينه ناجدا بدا مدنا بموجب متاخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب أن الكلام في الاتحاق باصل العقد فالدين وان كان متاخرا عن أصل عقد الرهن الا أنه يثبت بالاتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كل رهن الابتداء ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الاتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

وليس بقصدية بل هو زيادة ضمنية ويختلفان حكما أيضا فان الدين يقسم على قيمته الزيادة في الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكالك (قوله واذا ولدت المرهونة ولدا) رهننت أمة بالف وقيمة ألفا ولدت ولدا يساوى ألفا ثم ان الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدا يساوى ألفا فان زدتك هذا العبد مع الولد فالعبد رهن مع الولد في نظر الى قيمة الولد يوم الفكالك والى قيمة الام يوم العقد فساأصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكالك وعلى قيمة الزيادة يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج عن العقد فصارت كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة أيضا لانها ملحقه بالولد في الحكم (قوله ولو كانت الزيادة مع الام) بان قال زدتك هذا العبد مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فساأصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فكانها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخل في حصص الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها لان بطل الام يتقرر والضمنان فلا يبطل الحكم في الزيادة بخلاف الزيادة في الولد لو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء فكان العبد يدين في الام ولا ولدها (قوله مادام الدين باقيا) هذا الاحتراز عن الابراء على ما يحى فان بالابراء يرتفع الضمان وان لم ينقض القبض بالرد الى الراهن حتى لو هلك بغير شيء

الولد دون الام في نظر الى قيمة الولد يوم الفكالك والى قيمة الام يوم العقد فساأصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكالك وقيمة العبد يوم القبض فانه مات الولد بعد الزيادة بطلت لانها اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فساأصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخل في حصص الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة تمام فيها لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة فلو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام ولا ولدها (قال فان رهن عبدا يساوى ألفا الخ) كلامه واضح

لفظ التزويج (قوله وأمانه ليس بمعقود به فلو وجوبه) أقول لا صوب أن يقول اما أنها ليست في المعقود

عليه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الاصول ذلك لان ظاهره فاستوفى تقديره يدل على ان المقصود بالنفي كون الزيادة مقصودا عليها وبها وليس كذلك لظهور وانما ليست واجبة قبل عقد الرهن فليست تأمل وتوجبه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير الى الملق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكالك

قوله (وعلى ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله (خلافا لفرجه انه) هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد البراء وما قبله سواء (١٣٥) ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم

يبقى الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالبراء أي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قبيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد البراء فانه يضمن وقد سقط الدين أجاب بقوله الا اذا حدث منع لانه

يصير به خاصا لا تنفع ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيغضى الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر للتوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى)

قوله وان لم يبق الدين بالبراء أقول لفظ البراء

ليس في محله كما لا يخفى (قوله اول توهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح (قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول آتيا (قوله وبالاستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعني الموجب للدين

فاستوفى زيوفا ظنه اجابا ثم علم بالزبا فاستوطالبه بالحياد وأخذها فان الحياد أمانة في يده مالم يرد الزئوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو أبر المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يملك بغير شيء استعسانا) خلافا لفرجه لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالبراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا أحدث منع لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولا يملك (وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصدان فابترأه أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يملك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كفي البراء (ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء لراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يملك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف البراء) ووجه الفرق أن بالبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء

(قوله) ووجه الفرق أن بالبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن امانا ينتقض باستيفائه

(قوله فان الحياد أمانة في يده مالم يرد الزئوف) لا يقال بان حقه في الحياد دون الزئوف فينبغي ان يكون الزئوف أمانة دون الحياد لاننا نقول لما قبض الزئوف أو لادفع الاستيفاء لاصل حقه ولكن فان الوصف ولهذا التجوز به يتم الاستيفاء فاذا حصل بقبض الزئوف أصل الاستيفاء يكون الحياد أمانة ضرورة كية لا يتكرر الاستيفاء (قوله لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل) أي في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض (قوله لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته) هذا تعليل جواب الاستعسان بان الرهن يملك بغير شيء استعسانا بان هذا هو ان ضمان الرهن ثبت باعتباره القبض والدين جميعا لانه ضمان استيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار بقاء الدين وبالبراء عن الدين انعدم أحد العندين وهو الدين والحكم الثابت بعينه ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما لا ترى انه لو رد سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء الدين ولما لم يبق الدين بالبراء أو الهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان (قوله ووجه الفرق) أي بين الاداء والبراء وحاصله ان الرهن انما يكون مضمونا بالدين عند قيامه أو توهم ثبوته كما في الدين الموعود وبالبراء أو الهبة واخوانهما لا يبقى الدين ولا توهم قيامه وهذا بخلاف ما لو أدى الراهن الدين أو تبرع به غيره لان الدين في فصل الايفاء قائم بدليل أنه اذا أبرأ الدين المديون من الدين بعد الاداء يملك المديون من استردا ما أدى وعدم ولاية المطالبة لخلوها عن الفائدة لانها تعقب مطالبة مثله (قوله لقيام الموجب) وهو اما القرض أو المداينة أو الاجارة وغير ذلك (قوله فاذا هلك يتقرر والاستيفاء الاول) أي اذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الاستيفاء الحقيقي ولا يتكرر الاستيفاء (قوله وكذا اذا اشترى بالدين عينا) معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين الى قوله ويجب عليه رد ما استوفى (قوله أو صالح عنه على عين) لانه الاستيفاء أي الشراء بالدين أو الصلح عنه على عين فانه شراء بالدين اذا كان عن اقرار

معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أي أن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان بائناً وقيمة إن هلك في يده قبل الرد وقوله (لانه) يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكأن ينبغي أن يكون بمعنى البراءة فيه لك أمانته ووجوب ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت أبراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أي بعقد الحوالة المخ وقوله (لانه) يعني المحال عليه (بمنزلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقاً على أن لادين ثم هلك الرهن المخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من (١٣٦) قال إذا كان التصديق بعد هلاك الرهن والدين كان واجباً على ظاهره وهو كذلك فان وجوبه

(وكذلك إذا حال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وبهالك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذلك لو تصادقاً على أن لادين ثم هلك الرهن بهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف البراءة والله أعلم

الدين حقيقة ببقاء الراهن أو ببقاء متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فإذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر في الكتاب غير مرة وإن لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين ببقاء الراهن أو بقاءه متطوع وتكرره. ودال على الفساد كما مر أيضاً غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذ وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي في ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يجعل فاسداً هذا غاية ما يمكن في النقص عن ذلك الاشكال وإن كان لا يتخلو عن نوع تكلف (قوله بخلاف البراءة) قال صاحب العناية بقوله بخلاف البراءة ارجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من غمته الى هتافه ونص على جواب الاستحسان في صورة في البراءة وقال والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لا مسأغ عندي لأن يكون قوله ههنا بخلاف البراءة ارجع الى قوله ولو استوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن بالدين فيما سمر بخلاف البراءة وبين وجه الفرق بين البراءة والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف البراءة ارجع الى قوله ولو استوفى لتكرر الحشوفى كلامه وحاشاله عن ارتكاب مثل ذلك

استيفاء لانه يجب على رب الدين مثله بالشراء أو الصلح عنه (قوله بطلت الحوالة) لانه لم تبق المطالبة بهلاك الرهن لتقرر الاستيفاء (قوله وبهالك بالدين) لان الحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمته اذ امانات المحال عليه مغلسا (قوله أو ما يرجع عليه) معطوف على مثل ما كان (قوله لانه بمنزلة الوكيل) تعبد لقوله يرجع عليه أي المحال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين على المحيل (قوله وكذلك لو تصادقاً على أن لادين ثم هلك الرهن بهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه لان الرهن حصل بدين وتوهم وجوبه للمحال وتصادقهما على أن لادين لا يزول لتوهم لجواز أن يتصادقاً على قيام الدين بعد تصادقهما على أن لادين فتكون الجهة باقية بخلاف البراءة لانه يسقط به وذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذ تصادقاً على أن لادين بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقاً ما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجباً على ظاهره حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهر ايكفي بضمان الرهن فصار مستوفياً فالما اذا تصادقاً على أن لادين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هلك بهلك أمانة لان تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبق بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسيحي رحمه الله أنهم ما تصادقاً

ظاهر ايكفي بضمان الرهن فكان مستوفياً فالما اذا كان قبله هلك أمانة لان تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبق بدون الدين ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصديق على عدم لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتقائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف البراءة) ارجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من غمته الى هتافه ونص على جواب الاستحسان في

(قوله أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف) وكذلك لو تصادقاً على أن لادين) أقول قال الزيلي قال في التكايف ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذ تصادقاً أن لادين بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقاً ما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجباً على ظاهره حين هلك الرهن ووجوب الدين

ظاهر ايكفي بضمان الرهن وأما اذا تصادقاً على أن لادين والرهن قائم ثم هلك بهلك أمانة لانه تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبق بدون الدين وذكر الاسيحي أنهم ما اذا تصادقاً قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لا يملك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلاكه مضموناً في الصورتين كما لا يخفى (قوله يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتقائه) أقول فيه نظر فان الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لا اعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف البراءة) أقول قال الاتقاني قوله بخلاف البراءة يتصل بقوله بهلك بالدين والله أعلم

(كتاب)

صورة الأبراء والاولى أن
يرجع الى قوله فتكون
الجهة باقية
* (كتاب الجنائيات) *
ذكر الجنائيات عقب الرهن
لان الرهن لصيانة المال
وحكم الجنائيات لصيانة
الانفس والمال وسبيله
لأنفس فكان مقدما عليها
ومحاسن أخرى بها يحسن
الحسدود والجنائيات في اللغة
اسم لما يكذب من الشر
تسمية بالمصدر من جنى عليه
شرا وهو عام لأنه في الشرع
خاص بفعل محرم شرعا حل
بالنفس والاطراف والاول
يسمى قتلا وهو فعل من
العباد تزول به الحياة والثاني
يسمى قطعاً وهو شرطا كون
المحل حيوانا قال (القتل
على خمسة أوجه) القتل الذي
يتعلق به حكم من قصاص
ودية وكفارة وحرمان ارض
خمس أوجه وذلك لا يقد
استقرينا فوجدنا ما يتعلق
به شيء من الاحكام المذكورة

* (كتاب الجنائيات) *
(قوله والجنائيات في اللغة اسم
لما يكذب من الشر) أقول
الفقه يبحث عن أفعال
المكافئين فلأمر يد المعنى
المصدرى بالجنائيات لكان
أنسب وجعلها لجمع
الطهارات

* (كتاب الجنائيات) *

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجزى مجرى الخطأ والقتل بسبب) والمراد بيان قتل تتعلق
به الاحكام

* (كتاب الجنائيات) *

أورد الجنائيات عقب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجنائيات
لصيانة النفس ألا ترى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن
على الجنائيات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن
لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجنائيات فانها محمولة على ما لا يمتنع من الناس فلهذا انتهى أقول
ليس هذا بشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات انما هو أحكام الجنائيات دون أنفسها ولا شك أن
أحكامها مشروعة بآية الكتاب والسنة أيضا فلامعنى لنا خبرها من هذه الحجة ثم ان الجنائيات في اللغة اسم لما
تجنب من تركه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شر اجنائة وهو عام في كل ما يقع وبسوء الا أنه في الشرع
خاص بفعل محرم حل بالنفس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى
قطعاً وهو هذا في الكتاب والشرع (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجزى مجرى الخطأ والقتل بسبب)
قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن
انسان لا يتخلو اما أن يحصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يتخلو اما أن يكون به قصد القتل أم لا فان
كان فهو عمد وان لم يكن بسلاح فلا يتخلو اما أن يكون معه قصد التاديب والضرب أم لا
فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن بسلاح فلا يتخلو اما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن
فهو القتل بسبب وجه هذا الانحصار يعرف أيضا بنفسه ليس كل واحد منها انتهى أقول فيه مغلل أما أولا فلانه
جعل القتل الخطأ مخصوصا بحصول سلاح وليس كذلك اذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون
أيضا ليس بسلاح كالخمر العظيم والحشيشة العظيمة وأما ثانيا فلان قوله فان كان هو هو يشبه تفسير الشيء
بنفسه وأما ثالثا فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتمام لان ما لا يكون جاريا مجرى
الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر
في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال
في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام
المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه
وركا كنه ظاهرا من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال جمهور الشراح
انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من

قبل الهلاك ثم ذلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يملك مضمونا والله أعلم

* (كتاب الجنائيات) *

الجنائيات اسم لما يجنيه من شر أي يحدته تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام لأنه خاص بما يحرم من
النهل وأصله من جنى الثمر وهو أخذ من الشجر كذا في المغرب (قوله والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام)
يعني ليس المراد من قوله القتل على خمسة أوجه نفس القتل من غير نظر الى ان يتعلق به حكم أو لا وانما المراد
منه قتل يتعلق به الاحكام كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الميراث وغيرها فان القتل من حيث هو أكثر
من خمسة كالقتل قصاصا أو رجما أو قتل الحربى وقتل قطاع الطريق وغيرها ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله
في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين
بالعتاق والحج والعمره وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى ألا ترى انه اشتغل ببيان حكم اليمين بالله فقال يمين

وقال صاحب النهاية رحمه الله لا يخلو ما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فإن حصل بسلاح فلا يخلو ما أن كان به قصد القتل أو لا فإن كان فهو العمد وإن لم يكن فهو الخطأ وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو ما أن كان معه قصد الناديب والضرب أو لا فإن كان فهو شبه العمد وإن لم يكن فلا يخلو ما أن كان جارياً بجري الخطأ أم لا فإن كان فهو وإن لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الاختصار تعرف أيضاً تفسير كل واحد منها وضعفه ورواياته ظاهرة وقوله (أو ما أجرى بجري السلاح)

(قوله لا يخلو ما أن حصل بسلاح) أقول أو ما أجرى مجراه (قوله وإن لم يكن فهو الخطأ) أقول قد يكون القتل خطأ بغير سلاح كما إذا رمى صيداً بحجر أو خشبة فاصاب رجلاً فقتله (قوله فإن كان فهو شبه العمد) أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد الناديب بل قد يكون على قصد القتل وجوابه أن ذلك بالنظر إلى الآلة (قوله فإن كان فهو هو) أقول هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهراً (قال المصنف فالعمد ما تعمد ضربه) أقول أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغى أن

قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى بجري السلاح كالحمد من الحشب وليطة القصب والمرورة المحددة والنار) لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه الإبداء وهو استعمال الآلة القتالية فكان متعمداً فيه خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصاً والقتل بطريق وقتل الحرابي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد بن كلب الأيمان ثلاثاً ولم يرد به جنس الأيمان لأنها أكثر من ثلاثين بآله وعين بالطلاق وعين بالعناق والحج والعمره وإنما أراد بذلك الأيمان بآله تعالى انتهى أقول فيما قالوا نظراً لظاهر أن شيئا من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الأوجه فإن ما ذكره وأمن قتل المرتد وقتل الحرابي والقتل قصاصاً أو رجلاً أو قطع الطريق يكون قتل عمدان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى بجري السلاح ويكون شبه عمدان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى بجري السلاح ويكون خطأ إن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ إلى غير ذلك من الأوجه المذكورة وإنما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الأحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لأن نفس هذه الأوجه الخمسة فلامعنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فإن قلت كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لأن نفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطاً بشروط ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلاً بالغاً إذا لا يجب القود على المجنون والصبي أصلاً ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمداً لا يجب عليه القصاص وكذلك قتل الأم ولدها وكذلك الجد والجدوة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذنباً بالكفر الحرابي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلاً ولا بالمستامن في ظاهر الرواية لأن عصمته ما ثبتت مطلقاً في وقتها في غاية مقامه في دار الإسلام صرح بذلك كله في عامة المعتمدين فكذلك كون القتل بغير حق شرطاً لترتب كل من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكره وأمن الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخلها في نفس أوجه القتل دون الأحكام المذكورة كورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الأحكام وهو كون القتل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فلا يظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد ببيان قتل تتعلق به الأحكام هو التنبيه على أن المعصوم بالبيان في كتاب الجنائيات إنما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنائيات ويترب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى بجري السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلاً عن المشتقي وهي أنه إذا تعمد أن يضرب بـ رجل فخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فابان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وإن أصاب عنقه غيره فهو خطأ وجه الورود أنه لم يتعمد في الصورة الأولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه الإبداء وهو استعمال الآلة القتالية فكان متعمداً فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما إذا استعمل الآلة القتالية في القتل الخطأ كما إذا رمى شخصاً بسهم أو ضربه بسيف بظن أنه صيد فإذا هو آدمي أو بظنه حريياً فإذا هو مسلم وهذا من نوع الخطأ في القصد وكما إذا رمى غرضاً بالآلة القتالية فأصاب آدمياً وهذا من نوع الخطأ في الفعل فإن استعمال الآلة القتالية الذي جعل دليلاً على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما صوابه عليه قاطبة

يكفر وعين لا يكفروا وعين رجوان لا يؤخذ الله بها صاحبها (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى بجري السلاح) أي في تعريف الإجزاء كالحمد من الحشب وليطة القصب أي قشره ولم يشترط في المعنى

بمعنى في تغريق الاجزاء
 كالحديد من الخشب وليطة
 القصب وهي تشبه وقد تقدم
 وقوله (وقد نطق به غير واحد
 من السنة) منها ما قال عليه
 الصلاة والسلام في خطبته
 بعشرات ألا ان دماءكم
 ونفوسكم محرمة عليكم
 كحرمة نبيي هذا في شهري
 هذا في مقامي هذا ومنها
 قوله صلى الله عليه وسلم
 لزوال الدنيا أهون على الله
 من قتل امرئ مسلم
 يكون من قبيل علفتم أتبنا
 وماء بارد اذا وقع في صورة
 النار هو الالقاء فيها
 لا الضرب بها (قال المصنف
 وموجب ذلك المائم)
 أقول قال الاتقاني قال
 قاضيان في فتاواه وفي
 ظاهر الرواية في الحديد
 وما يشبه الحديد كالنحاس
 وغيره لا بشرط الجرح
 لوجوب القصاص وقال
 في الاجناس ذكر في الشر
 الكبير لابي جعفر الطحاوي
 انه لا قصاص في العمود من
 الحديد لانه لا يجرحه
 انتهى وسيجي من المصنف
 في الباب الذي يليه أن
 الاصح رواية الطحاوي (قال
 المصنف لقوله تعالى ومن
 يقتل مؤمنا متعمدا الآية)
 أقول لا يقال ذلك في
 المستحل كذا كفي الكتب
 الكلامية لانه لو لم يكن حراما
 لم يكن حال مستحله كذلك
 والحرام موجب له المائم

عند ذلك (وموجب ذلك المائم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجاء جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقاد اجماع الامة

فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعديل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقا
 ففيها اذاري غرضا فاصاب آدمي لم يكن استعمالها لضرب الاذي بل كان اغرض آخر قلت هذا التاويل
 انما يقيد في نوع الخطا في الفعل دون نوع الخطا في القصد فان استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطا
 في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو اذ لا استعمالها لضربه مطلقا
 وفي نوع الخطا في القصد لم يتحقق الحاشية المذكورة قلت كون استعمالها من هذه الحاشية امر مضمحل
 واجمع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كمالا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل
 المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور
 لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتن القتل العمد ضربه فصدما بما يفرق الاجزاء كسلاح
 ومحدد من خشب أو حجر أو وليطة أو نار وجهه اذ يلزم اذ ذلك أن يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف
 عليه بالغرض الاستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكون ذكره بل لما كان لقيد تعمد في
 الكتاب أيضا في قوله فالعمد ما تعمد ضربه وجهه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضربه بسلاح أو ما أجرى
 مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المائم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجاء جهنم خالدا
 فيها الآية أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المائم والقوديع المسلم
 والذي لم يسيح من أن المسلم بقاد الذي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المائم والآية
 المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الآن يقال الآية المذكورة وان أفادت المائم في قتل المؤمن عمدا
 فقط بعبارتها الا أنها تفيد المائم في قتل الذي عمدا أيضا لانه بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم
 والذي نظرا الى التكليف أو الدار كإسباقي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة
 أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يحل في الذار وان ارتكب كبيرة ولم ينب
 فالظاهر أن المراد من يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدها فيها فكان القتل بدون الاستحلال
 خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد من يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن
 يكون المراد بالجلود المذكور فيها هو المكث الطويل كذا كفي في التفسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل
 السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كذا كفي في الكتب الكلامية وفي التفسير أيضا

الحدة اذا كانت الآلة من الحديد فقال العمد ما يتعمد الانسان قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا
 نحو السيف والسكين أو لم يكن سلاحا نحو الابرة وسواء له حدة تبضع بضعا أو ليس له حدة رضاء كالعمود
 وصحفة الميزان وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن فيه هذا تبين لك ان العبرة في الباب بالحديد هذا كله على
 رواية الاصل وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله انه اذا قتله بصخرة حديد أو عمودا واحدة فهو ليس بعمد
 محض حتى لا يجب القصاص بل هو خطأ عمد وعلى قولهما ان كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض بموجب
 القصاص وان لم يكن الغالب منه الهلاك لا يكون عمدا محضا وما لم يكن من جنس الحديدان عمل عمل الحديد
 في البضع وتغريق الاجزاء فهو عمد محض بموجب القصاص فيه وذلك نحو الاحراق بالنار الا ترى انها تعمل عمل
 الحديد في الذك حتى انها اذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذك وسالها الدم حل فان انحسم ولم
 يسسل الدم لا يحل وذكر في فتاوى قاضيان وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره
 لا بشرط الجرح لوجوب القصاص (قوله وقد نطق به غير واحد من السنة) أي كثير من السنن منها ما قال عليه
 السلام في خطبته بعشرات الان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة نبيي هذا في شهري هذا في مقامي هذا
 ومنها ما روي عنه عليه السلام انه قال لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم وقال عليه السلام سباب

وقوله (والقود) يعني القصاص، معطوف على قوله المأثم أي موجب القتل العمد المأثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر (١٤٠) الآية وهو ظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ لكنه تقييد بوصف العمدية بقوله صلى

قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجب ولان الجنائية بها تتكامل وحكمها الزجر عليها تتوفر والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك قال (الآن يعقوب الأولياء أو يصلحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عيناً وليس للولي أخذ الدية الا

فلاية دالة على عظم تلك الجنائية وتحقق المأثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضاً والمأثم من استحلاله الخ لود في النار (قوله والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجب (يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أيما يوجب القود لا يفصل بين العمد والخطأ الآية تقييد بوصف العمدية بالحدوث المشهور الذي تلقته الأمة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أي موجب قود كذا في الشرع قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكركر فلا يدل على نفي ما عداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغي أن يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم أر أحداً سواه حام حول ذكره أو ما جوابه فنظرو فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جواباً عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطابق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله) ولان الجنائية بها تتكامل وحكمها الزجر عليها تتوفر والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجنائية بها تتكامل وحكمها الزجر عليها تتوفر حجة نامية وجعل قوله والعقوبة

الله عليه وسلم العمد قود أي موجباً والخديث مشهور ولان الجنائية بها أي بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أي لا شرعية للعقوبة المنتهية بدون العمدية وتقرر برحمة أن العمدية تتكامل بها الجنائية وكل ما تتكامل به الجنائية كانت حكمته الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك) أي حجة أخرى وتقرر بها القود عقوبة منتهية والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعني القود

المسلم فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تأويله قتاله لاسلامه فظاهره يدل على عظم الجنائية في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضى الله عنه لا يرى التوبة لقاتل العمد وان لم تأخذ بقوله (قوله والقود) معطوف على قوله المأثم (قوله الا انه تقييد بوصف العمدية) أي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى لظاهره يوجب القول بالقصاص أيما يوجب القود بالي وجوه وحل لكن السنة المشهورة وهو قوله عليه السلام العمد قود يدل على ان حكم القصاص مخصوص بالقتل العمد لان خبر الواحد لا يصلح مبيناً لمجمل الكتاب كما في بيان قدر المسح فاولى ان تصلح السنة المشهورة التي تلقنتها الأمة بالقبول مبينة لما سكنت عنه الكتاب لا يقال بان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكركر فلا يدل على نفي ما عداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة بخلاف قوله تعالى من قتل مسلماً مؤمناً لان هناك وان لم يوجب التقييد عندنا فذكر المؤمنين لا يتخلو عن الفائدة وهي الاستحباب فان الاستحباب محصورة في المؤمنين بالان في الكتاب أيضاً دالة على ان المراد من القتل المذكور في آية القصاص هو القتل العمد لانه أو جب الدية في القتل الخطأ على ما قال الله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتمن برقة ولا يصلح ان يكون القتل العمد وجباً دية وقصاصاً فلا بد ان يحمل كل واحد منهما على حالة فلما اخص ما يوجب الدية بالقتل الخطأ في النص القطعي كان ما يوجب القصاص غير الخطأ لا محالة وهو العمد وما يسقط فيه القصاص يسقط لشبهته في العمدية وهو شبه العمد وغيره (قوله لا شرع لها دون ذلك) أي دون تكامل الجنائية وانها تتكامل بالعمدية (قوله ثم هو) أي القود واجب عيناً وليس للولي أخذ الدية الا برضا القاتل وهو اجد قولي الشافعي رحمه الله أي وجوب القصاص عيناً وقولي الشافعي رحمه الله الا ان له العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مسد فعلاً لاله فيجوز بدون رضاه اكن اصابتة بخصه فبذلك له انسان طعماً ما بين المثل لزمه الشراء لانه، لك ما يحجب به نفسه بعوض يعدله فعلى هذا

(قال المصنف والقود) أقول بفتح الواو أي القصاص ويسمى قوداً لانهم يعقرون الجنائي بحبس أو غيره قاله الزهري (قوله) لكنه تقييد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام (الح) أقول فيه بحث فان الاطلاق والتقييد اذا دخلا على السبب نحو أو اصدقة الفطر عن كل حر وعبد وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين لم يحمل المطلق على التقييد عندنا بل يجب العمل بكل منهما اذا تناقيا في الاسباب على ما فصل في كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور في الآية

برضا

بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل فاصرف في كونه قتلًا فلا يتناول المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضاً (قوله والعقوبة المنتهية حجة أخرى) أقول فيه بحث

وقوله (وهذا لأنه تعين مدفعه للهلكة) يعني لأن القاتل في الامتناع من أداء الديّة بعد ما استحققت نفسه قصاصاً بسيفه وبقى نفسه في الهلكة فيجب عليه ويمنع عندهم (وأما ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم لقصاص في القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في الخطأ الذي تعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطأ وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالرأى ووجه التمسك بالسنة أن الألف واللام في قوله العمد قد دل على الجنس إذ لا معهود ينصرف إليه فقيه (١٤١) تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك

في عدل عنه إلى غيره زاد على النص أن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله العمد قد دل على ذلك ووجه القول أن المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لأن الأدمى ما لا يمتثل والمال يملك ممتثل فاني يمتثلان بخلاف القصاص فإنه يصلح موجبا للمماثل وفيه زيادة حكمته وهي مصلحة الأحياء زجر الغير عن وقوعه فيه وجبر الورثة فيعين فان قيل فكيف صلح موجبا في الخطأ والغائب فيه مثل الغائب في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ وجوب الدل ضرورة صوت الدم عن الأدمى فإنه لما لم يكن الاقتصار فيه هدر الدم ولم يجب المال والأدمى مكرم لا يجب اهـ دارمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد

برضا القاتل وهو أحد قول الشافعي لأن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه تعين مدفعه للهلكة فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب أحدهما لا يعين ويتعين باختياره لأن حق العمد شرع جابر وفي كل واحد نوع جبر فيجبر ولنا ما تلونا من الكتاب ورويان من السنة أن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للمماثل وفيه مصلحة الأحياء زجر جابر فيتعين وفي الخطأ وجوب المال

المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقرر الأول وتقرر برحمته أن العمدية تتكامل بمجانبة وكل ما كان يتكامل به الجنائية كانت حكمته الزجر عليها كمل وقال في تقرر الأخرى وتقرر برضا القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية بتوذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسديد لأن صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية لا بد من توقفه على كون الآية المذكورة مقدمة بوصف العمدية إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناوأت العمد وشبهه والخطأ يلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كلفة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى إطلاقها وكون الآية المذكورة مقبوضة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطالب وأيضا يلزم حينئذ أن لا يقيد المدعى ما جعله حجة أولى لأن نهيته على مقتضى تقرر برأى العمدية كانت حكمته الزجر عليها أكمل ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمته الزجر في غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضا زجرا عنه فلا يتم المدلول فإلزامه أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من ثمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وإن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجنائية كإذهب إليه كثير من الشراح أولى توفر حكمته الزجر كونه الظاهر والاقرب إلى العمدية كزجره صاحب الغناية فبقيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو أنه قد تقرر في كتب الأصول أن مرجع الأدلة العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس وبهذا صححوا انحصار الأدلة الشرعية في أربعة وهي الكتاب

إذا عاقل الولي عن القصاص بسقط حق الولي وكذا إذا مات القاتل بسقط حق الولي وفي قوله الآخر الواجب أحدهما لا يعين ويتعين باختياره فعلى هذا الوعدا الولي عن القصاص كان له المطالبة بالديّة وكذلك إذا مات كان له حق استيفاء الديّة لكونه موجبا أصليا ولوصالح على أكثر من الديّة من جنسها فلا يصح لأنه يصير ربا ويصح على القول الأول (قوله لا شرع لها دون العمدية) جابر الحاجة العمدية إلى الجبر حين تحقق نقصان في حقه وفي كل واحد نوع جبر أي الحق المقتول مما فات عليه فإن المقتول ينتفع بالديّة من حيث قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتسكينه وأحق الولي لأنه ينتفع به لولي الذي كان ينتفع بالمقتول وفي القصاص نوع جبر أيضا المعنى الانتقام وتشفي الصدر (قوله ولا مال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة) وهذا لأنه لا مماثلة بين الأدمى والمال لا صورة ولا معنى فلا بد من شيء لئلا يحمل أمانة الله تعالى والاستئصال بعبادته والمال خلق لا قامة مصالحه وهو مملوك الأدمى والأدمى مالكه فاني يشابهان وأما التماثل في القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل (قوله وفيه مصلحة الأحياء زجر جابر) فاما زجره فأن من قصد قتل عدوه فاذا تكرر في عاقبة امره أنه إذا قتل قتل به أنزجر عن قتله فكان حياة لهما أي إبقاء لهما على الحياة وما جبر لأنه إذا قتل به سلم

(قال المصنف الآن له حق العدول إلى المال من غير رضاة القاتل) أقول بجواز العدول إلى المال من غير رضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندهما أيضا كما ذكره صاحب

الكفاية في مسألة قتل المكاتب الذي لم يترك وفاء في الباب الذي يلي هذا ولا يرد نقضنا لما نسبنا إلى دفع ذلك المنقوض فيما سيجي في باب ما وجب القصاص في مسألة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى) أقول قال القاضي في تفسيره احتجبت الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف إذ الواجب على التحذير يصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قبل التحذير بين الواجب وغيره ليس نسيخا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيان أصول الفقه

ليس في معنا حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لانه تعين مدفعه الهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأوجب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعروض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلا فاهله بين خبيرين أن أحبوا قتلوا وأن أحبوا أخذوا الدية وإن الشروع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فان الجساعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان معنى النظر للولي وذلك بتمكن من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو (١٤٢)

ضرور وقصرت الدم عن الأهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعه الهلاك

والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف ههنا ولا ان الجناية بها اتسكامل الخراجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لا طلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرفت في علم الاصول فليتامل (قوله) ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعه الهلاك) يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القتلى لانه تعين مدفعه الهلاك كذا في الشروع أقول للخصم أن يقول لاشك أنه يتعين مدفعه الهلاك شراء فان القاتل يصير يحقون الدم بعده حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعه الهلاك شرعا يكفي لأخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذا ظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقر وعند تحقق الخلاص عنه شرعا بإداء المال بمجرده المال الهلاك عقلا بعد أدائه ذلك أيضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن أدائه المال بعد ذلك سهوا والقاء لنفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه ثم أقول لعل الأولى في الجواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعه الهلاك أن يقال هذا لتعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقر في علم الاصول قال في العناية أخذ من النهاية قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأوجب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والأولى أن يكفي في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذا لامانع من الأخذ فيه بعدم وجود رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى أقول بحتمه ساقط لان قوله لان رضا القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضا الولي يفيد أمرا رائدا على رضا الولي وحده فان التصالح والتوافق من

حياة الأولياء فان القاتل يصير حرا على أولياء القاتل خوفا على نفسه منهم فهو بقصد إفناءهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع مكنتهم من قتله قصاصا دفعا للشرع عن أنفسهم وأحياء الحى في دفع سبب الهلاك عنه ولما كان فيه حياة من الوجه الذي قلنا صلح جابر لان القاتل بالقتل حياة والحاصل بالقصاص حياة مثل الاول وانما يجب ضمان الجبر بقدر الامكان ولا امكان في جبر الحياة باكثر من هذا ولانه لما قتل الولي القاتل حصل له التشفي فكان ذلك جبر المسافات منه من حياة المقتول فالما المال فليس فيه شيء من معنى الجبر وانما وجبت الدية في الخطأ بخلاف القياس لان القتل اعظم العقوبات والخطأ معذور وفيه عذر ايجاب المثل عليه ونفس المقتول محرمة لا تسقط حرمتها بعذر الخطأ فوجب المال صيانة للدم عن الهدم منه صلى القاتل بان سلمت له نفسه ولاقتل بان لم يهدمه وشرع المال عند عدم الامكان لا يدل على شرعه عند الامكان (قوله) ولا يتيقن بعدم قصد الولي) أي يقتل القاتل بعدما أخذ الدية يعني يجوز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون

قبيلة بواحد لالانهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه

(قوله جواب عن قوله لانه تعين مدفعه الهلاك) أقول فيه أنه مدفع للهلاك الشرعي بلا شبهة وذلك يكفي لغرض الشافعي لان المراد هو كونه مدفعا شرعا للهلاك الشرعي والقتل المستحق فان القاتل يكون محقون الدم بعده اذا قتله أحد الولي أو غيره يقتص فليتامل (قوله وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع الى الولي (قوله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمد ثبت بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئا

(قوله وأوجب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث ولا

لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والأولى أن يكفي في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذا لامانع من الأخذ فيه بعدم ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية وتخفيفه لا ينافي بوضوح الآخرة في غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ دينك ان شئت دراهم وان شئت دنائير وان شئت عرضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه إذ بوضوح المدون كذا في شرح الزيلعي وانما لم يلتفت الشارع لهذا الجواب لانه برده عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبه العمد حيث خبر الولي بين القتل وأخذ الدية غايته أن يكون أخذ الدية بضره القاتل وعدم إفادته الشافعي لا يفيد فان مطلوبنا تعين القصاص لموجبه تامل قوله (فانه شرع جازعما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليس في الخطأ فكان أدعى الى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العباداة فلا تنطاط بمثلها

الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصالح خير بخلاف وضو الولى وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية أشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت كذلك لانهما لم يتصالحا برضاها على المال كان وهم قصد القتل من دفعه لان القراض والتصالح نائرا في دفع الشر قال الله تعالى والصالح خير ولما ورد الخبير ان تنفي الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال في العناية وتعرض بقوله عليه السلام من قتل له قتيلا فاهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدينة وبان الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل الواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولى وذلك بمكنة من القصاص وأخذ الدينة والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي صدور رفاة شرع جزاء عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء قبيلة بواجب لانهم كانوا يأخذون أموال كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لوبذلو ما ملكت يده وأمثاله ما رضى به أولياء المقتول فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمة القصاص انتهى أقول فيه نظر اذ الخصم أن يقول انما يكون إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمة القصاص أن لو كان إيجابه في مقابلة على وجه التعيين وأما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولى بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضيق حكمة القصاص اذ للولى حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تار كالا انتقام باختياره فكان كما اذا عفا أو صالح في إسقاط ما قدر عليهم جفته (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العباداة فلا تنطاط بمثلها) قال تاج الشريعة فان قلت بشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت هو جنائية على المحل ولهم هذا مشترك حلل ان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جنائية الفعل لوجب جزاء أن والجنائية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورد مضمون الدليل المزبور وهو أن الكفارة لا تنطاط بما هو كبيرة محضة لأصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشك الدليل المزبور به سواء كان جنائية الفعل أو جنائية المحل وكون الجنائية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انما يغيد أو رد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حيثئذ بان ما قلناه في جنائية الفعل دون جنائية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلانه قد تقر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لاجزاء المصل أصلا ولو كان قتل صيد الحرم جنائية على المحل لاجنائة الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلا

رضاء ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله لانه تعين مدفع الله لالك (قوله لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس) وذلك لان الكفارة شرعت لما جية للآثم والاثم في العمد أكبر فكان ادعى الى إيجاب الكفارة (قوله وفي الكفارة معنى العباداة) بدليل ان للصوم فيه مدخل (قوله فلا تنطاط بمثلها) لان الحكم نتيجة السبب فيراعى التناسب بينهما فلا يجب الا بسبب دأثر بين الخطر والاباحة كالخطأ فانه بالنظر الى أصل الفعل مباح وبالنظر الى المحل الذي اصابه محظور والكفارة دائرة بين العباداة والعقوبة فتجب بمثلها ولا تجب بالقتل العمد لانه محظور وكلا تجب بالمباح المحض وهو القتل بحق كالتقصاص وانما تجب بسبب دأثر بين العباداة والعقوبة لتنسب العقوبة الى جانب الخطر والعبادة الى جانب الاباحة

وأمثاله ما رضى به أولياء المقتول فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمة القصاص واذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الاولياء فانه تعذر الاستغناء حينئذ وأن يكون يحصل القصاص ناقصا بان تكون يد قاطع اليد أقل أصعبا وأمثال ذلك وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أى في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليس في الخطأ لانها ليست بالذنوب والذنوب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لا يكون سببا لمافيه معنى العباداة والكفارة فيها ذلك وموضع أصول الفقه

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قبله ب أن القياس لا يصح فليحق دلاله لانهم ما مثلان في المناط وهو السبتر ولا معتبر لصفة العمدية كالحرم اذا قتل الصديق فانه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة ممنوعة فان ذنب العمدية لا يستبرم بالعدم صلاحيته لعلها كما مرفان قيل قد دل الدليل (١٤٤) على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثله بن الاسقع آتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا

ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها الدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبهه العمد عند أبي حنيفة أن يتعدا الضرب بالسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضرب به بحجر عظيم أو بخشب عظيم فهو عمد وشبهه العمد أن يتعمد ضرب به بما لا يقتل به غالباً لا به يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمداً موجباً للعود

استنوجبها بشبهه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها فان الغاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجبراء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلاف قال (وشبهه العمد عند أبي حنيفة الخ) اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بالسلاح ولا أخرى مجراه سواء كان المذلول به غالباً كالجبر والعصا الكبيرين ومدة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة وقالوا هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالباً كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات فاما اذا والى فيها فقبل شبهه عندنا وهو قتل عمد محض قالوا سمي هذا

(قوله ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعيينها الدفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعيينها الدفع الاعلى وهو العمد فان كم من شيء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للمجزة عنه كذا في النهاية وتوغيرها قال صاحب العناية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثله بن الاسقع قال آتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قاتل النار بالقتل فقال أعتوه واعدوه رقة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منهم النار وإيجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبهه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها فان الغاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجبراء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلاف انتهى أقول للحصم أن يقول هذا مشترك في الإلزام اذا قصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الغاء أن يكون المذكور بعدها كل الجبراء لزم أن يكون القصاص أيضاً مذكوراً في الجبراء مع أنه لم يذكر فيه وان حل الجبراء المذكور في الآية على الجبراء الاخرى فقط كما هو الظاهر من النظام الشريف وقيل القصاص جزاء ديني فلذلك لم يذكر بعدها الغاء فليكن الامر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل فان دلت إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعدها الغاء كل الجبراء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل وثانها أن

(قوله وتعينها في الشرع لدفع الادنى) أي تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى أي في الخطأ لا تعينها الدفع الاعلى أي في العمد وهذا جواب عن قياس الشافعي حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوب الكفارة في الخطأ (قوله وشبهه العمد) سمي به لان في هذا الفعل معنيين معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر الى الآلة التي استعملها وهي آلة الضرب للتأديب دون القتل وانما يقصد الى كل فعل يآلنه فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورته من حيث انه كان قاصداً الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه كذا في المبسوط وشبهه العمد متحقق عندنا وعند الشافعي رحمه الله خلافاً لما لا يثبت فيه ثم اختلفوا

النوع شبه العمد لا تقتصر معنى العمدية والالكان عمداً واقصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل به غالباً كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل (قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً الخ) أقول ذكر في الكتب السكالة أن المراد هو المستحل لان المؤمن بار تكاب الكبيرة لا يتخذ في النار ولك أن تقول أريد بالخلود المكث الطويل والله تعالى أعلم بمراده

وله قوله عليه السلام ألان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الأبل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظر الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

القصاص جزاء المحل من وجهه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الأصول وأما الكفارة بجزاء الفعل من كل الوجهة على ما تقر في كتب الأصول أيضاً والظاهر من الجزاء المضاف الى الغايل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها هو جزاء فعله من كل الوجهة فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورياً فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها أو قال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلنا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحل الآيته على المستحل لان المذكور في الآيته جزاء القتل العمد واذ حل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخاً أو مانعاً أو بطلاناً لولد فعلي معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطوّل المدة مجازاً يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى أقول ليس شيء من ذلك الدليلين المسوقين لعدم وجه حل الآيته المذكورة على المستحل بمسئمة أما الاول منهم ما قلنا كون المذكور في هاتيك الآيته جزاء قتل العمل بما لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضاً على تقدير جأها على المستحل اذ نصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعباد بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة في الآيته اذ لا بد من بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمناً متعمداً من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال لا الرد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى وأما الثاني منه ما قلناه لا يلزم من جعل الآيته المزمورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مسدولاً بنفس الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمداً معنى مستحلاً مجازاً بقوله تعالى لا بد من الجزاء كما أن أئمتنا حلوا متعمداً على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر وبان يكون معنى من يقتل مؤمناً من يقتله لكونه مؤمناً كما ذكره العلامة القنطاري في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي عليه المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمناً يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم التمسك أصلاً والعجب من هؤلاء الأجلاء وهم أصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية أنه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البضاوي في تفسير الآيته المذكورة وهو عندنا المخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في مقيس بن حبيابة وجد أخاه هشاماً قاتل في بني النجار ولم يظهر قتاله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه فدفعوا ثم حل على مسلم فقتله ورجع الى مكة ثم نادى المراد بالخلود المكث العاويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا بدوم عذابهم الى هنالفاظ القاضي

في نفسه يره فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد اذا تعمد ضرب به بما ليس بموضوع للقتل كحجر الرجي ومثله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله اذا تعمد ضرب به بما يلبث فهو شبه عمد وقال الشافعي رحمه الله اذا تعمد ضرب به بما لا يقتل به غالباً وبيانه انه اذا ضرب بعمداً سوطاً أو سوطين فمات فهو شبه عمد بالاتفاق اما عند أبي حنيفة رحمه الله لانه ليس بموضوع للقتل وأما عندهما فلا لانه ليس مما يلبث واما عند الشافعي فلا لانه لا يقتل به غالباً واذا ضرب بسوط صغير والى حتى مات فانه شبه عمد عندنا اما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لانه ليس بموضوع للقتل واما عندهما فلا لانه مما يلبث وعند الشافعي رحمه الله عمد لانه مما يقتل به غالباً (قوله قتل السوط والعصا) ذكر السوط والعصا مطلقاً فيتناول الصغير والكبير ولا يقال بان العادة في العصا جارية في استعمال الصغير لاننا نقول العادة مشتركة فان من الناس من يأخذ الصغير ومنهم من يأخذ الكبير فلا يصلح تقدير المطلق النص (قوله وبه يحصل القتل غالباً) أي بالاستعمال على غرة من المقصود

ولا يبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الأبل رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتل السوط والعصا مطلقاً شبه عمد فقضى به بالصغيرة بأقل لا إطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساوي في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاتعمال (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا الحديث) أقول قال ابن العز الحديث حجة عليه لاه

على غرة يحصل القتل غالبا
واذا تساوى بالقتل بالعصا
الصغيرة شبه عمد فسدكذا
بالكبيرة وقوله (وموجب
ذلك) أى موجب شبهة
العمد على القولين يعنى
قول أبى حنيفة وقولهما
(الاثم لانه قتل وهو قاصد
في الضرب) على ما مر من
تفسيره (والكفارة
لشبهه بالخطا والدية مغالطة
على العاقلة والاصل أن
كل دية وجبت بالقتل
ابتداء لا بمعنى يحدث من
بعد فهو على العاقلة)
احترز بقوله لا بمعنى يحدث
من بعد عما تصالحوا فيه
على الدية وعن قتل الوالد
ولده عمد او عن اقرار القاتل
بالقتل خطا وقد كان قتله
عمدا فان في هذه الصورة
يجب الدية على القاتل في
ماله وقوله (لقضية عمر
رضى الله عنه) يعنى ما روى
عنه أنه قضى بالدية على
العاقلة في ثلاث سنين
والمراد منه كالمروى عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم
لانه مما لا يعرف بالرأى

العصا لا يطلق الا على مالا
يقتل غالبا ولا يسمى الشبهة
الكبيرة عصا بل جذعا
واسطوانة ونحوهما وغلها
فوق عمل العصا فلا يلحق به
انتهى وجوابه أن العصا
الكبيرة اذا ضرب بها عمد
عندهما (قال المصنف
والكفارة لشبهه بالخطا)
أقول وفيه أن تعينها بالدفع
الإدنى لا يعينها بالدفع الأعلى كما

قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية
مغلطة على العاقلة) والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهو على العاقلة اعتبر
بالخطا وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغالطة وسنتين مصفة التغليظ من
بعد ان شاء الله تعالى (ويعلق به حرمان الميراث)

(قوله) وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر
المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا أو الحاق وجوبها في
شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا وأما ما كان رد عليه أن يقال ان تعينها بالدفع الذنب الأدنى في الشرع لا يعينها
لدفع الذنب الأعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا إذ
لا شك أن شبه العمد أيضا على ذنبا من الخطا المحض فان الحاقه في الأول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن
هذا قالوا في الأول وموجب المأثم في الثاني ولا اثم فيه فالأولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره
صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطا نظر الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير
رقبة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهو على العاقلة
اعتبار بالخطا) أقول مدلول قوله اعتبار بالخطا أن يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطا
وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطا وليس ذلك بواضح اذا المصنف قال في أوائل
كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه للأولياء
قوموا فادعوه انتهى وقد كانت الجنابة في حديث جل بن مالك شبه عمد لا خطا فان تفصيله على ما ذكره الشراح
قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن جل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضررت احدهما
الأخرى بعمر رد فسطا طأ وبسط طخمة فالت جنينا متافختهم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال عليه السلام لأولياء الضاربة دوه فقال أخوها أنذى من لاصاح ولا سهل ولا شرب ولا كل ودم مشله
يطل فقال عليه السلام أجمع كجميع الكهان وفي رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فادعوه وهكذا ذكر في
المبسوط أيضا ولا ريب أن قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكره في تفصيل ذلك في
الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطا فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص
دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطا فامل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر
معرفة شبه العمد فالجدة عليه ما سلفناه) قال جمهور الشراح أراد به قوله عليه السلام ألا ان قتل خطا العمد
قتل السوط والعصا قال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهور من الصنف في مثله أن يقول ما روى بناه
وقال والحق أن يقال انما قال أعلامناه نظر الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل
المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العسا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها غير
موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد فانه قال لأدري

بالقتل يحصل القتل غالبا ولا يحصل ذلك الا بالآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين (قوله) وموجب ذلك على
القولين الاثم) أى موجب ما هو شبه العمد على حسب اختلاف القولين في صورته الاثم والكفارة لشبهه
بالخطا نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقال صاحب الايضاح وجبت في
كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد عند أبى حنيفة رحمه الله لان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرع
الكفارة والصحيح انه يجب فقد ذكر الطحاوى والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عند أبى حنيفة رحمه
الله (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء) احترز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح في القتل العمد
وعن دية وجبت على الوالد بقتل ولده عمد الاثم لم تجب ابتداء لان الواجب فيه ابتداء القصاص الا انه يسقط
بعله الابوة فوجب الدية تصاناة للدم عن الهدر ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزء القتل مباشرة وقد وجد

وقوله (فالجبة عليه ما أسلفناه) قبل أراد قوله صلى الله عليه وسلم الآن قتل خطأ العمد (١٤٧)

قتيل السوط والعصا الحديث

ولكن المعهود من المصنف

وجه الله في مثله أن يقول

مارو يناو الحق أن يقال

انما قال أسلفنا نظرا الى

الحديث والمعنى المعقول

قال (والخطا على نوعين)

انما انحصر الخطا على نوعين

لان الرمي الى شئ مثلا مشتمل

على فعل القلب وهو القصد

والجار حصة وهو الرمي فان

اتصل الخطا بالاول فهو

الاول وان اتصل بالثاني

فهو الثاني وقوله (لما ينه)

اشارة الى قوله ونجب في

ثلاث سنين لقضية عمر رضي

الله عنه

سابقا (قال المصنف

والاصل أن كل دية وجبت

بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث

من بعد فهي على العاقلة

اعتبارا بالخطا (أقول الاصل

في وجوب الدية على العاقلة

حديث حم بن مالك على

ماسياتي في المعقل والقتل

فيه كان شبه عمود في معراج

الدرابتر وي الطهاوي عن

مغيرة بن شعبة أن امرأتين

ضربت احدهما

ال اخرى بعمود فسقط

فقضى عليه الصلوة والسلام

عليها بالدية على عصبة القاتلة

منفق عليه وهو حديث حم

ابن مالك في الغرة كما يجيء

انتهى فكيف يقاس بالخطا

(قوله وقد كان قتله عمدا)

أقول بان ظهر ذلك بعد اخذ

الدية مثلا (قال المصنف

والشبهة تؤثر في ثبوت

لانه حزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفته شبه العمد فالجبة عليه ما أسلفناه قال (والخطا على نوعين خطا في القصد وهو أن يرمى شخصا بظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حريميا فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرر برقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا يتوهى عاقلته

ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطا اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطا على نوعين خطا في القصد وهو أن يرمى شخصا بظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حريميا فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول في عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال في تفسير الخطا في القصد وهو أن يرمى شخصا بظنه صيدا الخ وقال في تفسير الخطا في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطا غير مختص بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما حقيقي من جزئياته فكان أخص منه جدا فلم يصلح أن يكون تفسيره له فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما ما هو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى إشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطا قصدا كرميه مسلما بظنه صيدا أو حريميا وقولا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية بالخطا ضربان خطا في القصد وخطا في الفعل فالخطا في الفعل أن يقصد فعلا فصد منه فعل آخر كما اذاري الغرض فالخطا وأصاب غيره والخطا في القصد أن لا يكون الخطا في الفعل وانما يكون الخطا في قصده فانه قصدهم هذا الفعل حريميا لكن أخطا في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال من قال الخطا في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر فكأنه زعم أنه شرط في الخطا في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذاري غرضا فاصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا لا يتحقق الخطا في الفعل والشرط المذكور موقوف في الصورتين ثم انه أخطا من وجبه آخر حيث اعتبر القصد في نفسه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا لا يتحقق الخطا في الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهي رده ساقط جدا أما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطا في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطا في الفعل أن يقصد فعلا فصد منه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره الرادم من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذاري الغرض فالخطا بل يجوز أن يكون قوله كما اذاري الغرض فالخطا عاما كصورتي صدور ما قصده أيضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطنة أما الثاني فلان تحقق الخطا في الفعل في صورته ان سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا لا يمنع بل المتحقق هنالك ما أخرى مجرى الخطا كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطا اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورته ان سقط من يده شئ فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بغعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما أخرى مجرى الخطا ما والكلام هنالك نفس الخطا لا فيما أخرى مجرى الخطا فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة

وثانير الشبهة في درء القصاص لاني حرمان الميراث (قوله ومالك رحمه الله وان أنكر معرفته شبه العمد فالجبة عليه ما أسلفناه) قال مالك رحمه الله لا أدري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطا اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال كذا في هذا الفعل ولنا قوله عليه السلام الا أن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وهو المراد بقوله واجبة عليه ما أسلفناه والاصح بترضي الله عنهم اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا فيه الدية مغلظة مع اختلاف بينهم في صفة التغليظ (قوله والخطا على نوعين خطا في القصد وخطا في الفعل) وانما انحصر على هذين النوعين لان رمية السهم الى شئ معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجار حصة وهو الرمي فلو اتصل الخطا بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني

القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يشتم مع الشبهة فلا بد من التاميق

* (باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب) * لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جللتها العمد وهو قود يوجب القصاص وقد لا يوجب
احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له
القصاص وحقق الدم منعان بسفك وقوله (على التابيد) احتراز عن المستامن فان في دمه شبهة لا باحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة
المنبي عنها القصاص ولا بد من صفة العمد بما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية بها تتم كمال وفيه بحث من أوجه
الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي بوصف القصاص بالوجوب الثاني ان حق الدم على التابيد غير متصور لان أنهي ما يتصور منه - يكون
للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعباد بالله تعالى الثالث انهم انقوضت (١٤٩) لم يمتلئ ابناء المسلم فأنهم موجود
فيه ولا قصاص الرابع ان

قيد التابيد لثبوت المساواة
واذا قتل المستامن مسلما
وجب القصاص ولا مساواة
بينهما والجواب عن الاول
أن المراد بالوجوب ثبوت
حق الاستيفاء ولا منافاة
بينه وبين العفو وعن الثاني
ان المراد بالحقن على التابيد
ما هو بحسب الاصل والارتداد
عارض لا معتبر به ورجوع
الحربي الى داره أصل لا عارض
وعن الثالث بان القصاص
ثابت لكنه انقلب مالا شبهة
الاوة وعن الرابع بان
التفاوت الى نقصان غير
مانع عن الاستيفاء بخلاف
العكس وقوله للعمومات
يريد به مثل قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى
وقوله ومن قتل مظلوما فقد
جعلنا لولييه سلطانا وقوله
وكتبنا عليهم فيها أن النفس
بالنفس وقوله صلى الله
عليه وسلم العمد قود ذكر
قول الشافعي رحمه الله
ووجهه وهو واضح

* (باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب) *

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عبدا) أما العمدية فلما بينا وأما حقن الدم
على التابيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتحقيق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال
الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن

* (باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب) *

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجب في باب على حدة
(قوله أما الامة فلما بينا) من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتم كمال كذا في العناية

* (باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب) *

(قوله اما العمدية فلما بينا) أي من السكاب والسنة والمعقول وأما حقن الدم على التابيد لتنتفي شبهة الاباحة
لان عدم التابيد يورث شبهة الاباحة كافي الحر في المستامن ولا يقال بان من اسلم في دار الحرب فقد صار
محقون الدم على التابيد ومع هذا لا يقتض من قاتله لان كمال الحق لم يوجد في حقه لان كماله بالعصمة المقومة
والمؤتممة بالاسلام حصلت له المؤتمدة من المقومة اذا المقومة تحصل بدار الاسلام (قوله للعمومات) ان النفس
بالنفس كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه السلام العمد قود (قوله ومن ضرورة هذه المقابلة
ان لا يقتل الحر بالعبد) لان قوله الحر بالحر وقع تفسير لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمعتبر
هو التفسير ولان هذا يقتضي مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار في حكم القصاص فن قال يقتل الحر بالعبد
لا يكون جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار فصا بل يكون بعضهم مقابلا لبعض ولان القصاص يعتمد
المساواة ولا مساواة بين الحر والعبد لان العبد مملوك والحر مالك والسياسة امارا القسرة والمملوكية مسممة
المجزر ولا مساواة بين القادر والعاجز ولان الحرية حياة والرق موت حكمي حتى ينسب المعتق بالولاء الى
المعتق لانه احياه بالاعتاق حكمما ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة العطف دون حرمة
النفس والاطراف تابعة للنفس فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس أولى ولا يقال كيف يصح
استدلاله بالمقابلة وانه لم يعتبر المقابلة في قوله والانثى بالانثى فان عنده أيضا يقتل الرجل بالانثى لانه يقول انما
يقتل الرجل بالانثى لا طلاق قوله تعالى الحر بالحر والحر وانما خص الانثى بالذكور وان كان حكمهما مستقدا
من قوله الحر بالحر كذا يظن ان ضعف البنية وقصور الحال في الانثى مانع من وجوب القصاص فلا زلة هذا
الوهم خص الانثى بالذكور ولا يقال بانه ترك اعتبار المقابلة حيث قال بان العبد يقتل بالحر لان ذلك انما ثبت
بدلالة نص قوله تعالى والعبد بالعبد فان العبد اذا قتل بالعبد فالو ان يقتل بالحر لان الحر اقوى حالا

تكاف بعرف من الكفاية * (باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب) * (قوله لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن
قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت
حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجاز لا ينبغي ان تركابه الا لضرورة لا ضرر ولا ذبحوز أن يقال انه
واجب على الامة لا يحل لهم أن يتركوه اذا أرادوا لى الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل اذا لم يسلم نفسه عندهم مطابقة لى بالقصاص بانهم
وقد فسر بهذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الاصل) أقول الاصل هذه الجمعي
الكثير الرابع كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا شبهة الاوة) أقول الظاهر أن يقال لحرمة الاوة ورادا الشارح للشبهة الناشئة من الاوة في دوه
القصاص وهي شبهة الاباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت وما لك لا يبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار يعني عندنا) (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجري القصاص بينهما فإن قال جاز أن تكون شبهة الإباحة مقابلة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كباين المسلم والمستأن من فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانعا لوصول المجاري بين العبد بين المجاري كالأجري بين المستأمنين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص) ص بالذ (كر) جواب عما استدل به من المقابلة (١٥٠) في الآية ووجهه أن ذلك تخصيص بالذ (كر) فلا ينفى ما عداه كفي قوله والآن في بالانثى

لا يقتل حر بعبد ولا من بني القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبد بين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذ (كر) فلا ينفى ما عداه قال (والمسلم بالذني) خلافا للشافعي له وغاية البيان وقال بعض الفضلاء من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجهه كون موجب القتل القودعينا اه أقول فيه نظران قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل العمدة خاصة لا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لا طاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمدة قود ودليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه تقييد بوصف العمدة بقوله عليه السلام العمدة قود أي موجب ولا أن الجنائية بها تكملة الخ فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ في قول المصنف ههنا أما العمدة فلما بينا، كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله) وجريان القصاص بين العبد بين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة) قال صاحب العنايته في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كباين المسلم والمستأن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا لوصول المجاري بين العبد بين المجاري كالأجري بين المستأمنين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعة شبهة الإباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الإباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة فالصواب في الشرح أن يقال ومعناه أن شبهة الإباحة تغير ثابتة في العبد والامساجي بين العبد بين كالأجري بين المستأمنين (قوله) والنص تخصيص بالذ (كر) فلا ينفى ما عداه) هذا جواب عما استدل

فانه لا ينفى الذ (كر) بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أورد قتل غير القتال بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضى الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب ندعى احدهما فضلا على الأخرى اقتتلتا فقاتل مدعية الفضل لارضى الابنة نسل الذ (كر) منهم بالانثى منا والحر منهم يقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ترد عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزاء المباني فانه لا يقطع السيد بالعصمة بالسلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد على العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قال (والمسلم والذي فيه سواء) اختلف العلماء وجههم الله في ثبوت القصاص المسلم بالذني فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب الخنفي والشافعي استدل

واعلى رتبة من العبد ولنا ما تلونا وماروينا فلا تعارض بما تلالان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة معاملة والمطلق لا يحمل على التقييد على انه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما يشمله العموم على موافقة حكمه فلا وجب تخصيص ما بقي الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذ (كر) بالانثى وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضى الله عنه كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريظة وكان بنو النضير اشرف وكذا يعدون بني قريظة على النصف منهم فتواضعوا على ان العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والانثى منهم بمقابلة الذ (كر) من بني قريظة فترلت الآية وداعليهم وبينا ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعا فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس وقوله لان معنى القصاص على المماثلة قلنا القصاص يعتمد المساواة في العصمة لا غير ولهذا يقتل العاقل بالجهنم والعالم بالجاهل وهي أي العصمة بالدين أي عنده أو بالدار أي عندنا ويستويان فيهما (قوله) وجريان القصاص بين العبد بين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة) هذا جواب عن تعليل

الاولون بما روى أبو حنيفة قال سألت عليا رضى الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن قوله

قال لا والذي فلق الحنبوط برأ النسيمة الا أن يعطى فها في كتابه وما في الصحيفة قات وما في الصحيفة قال العقل وفكالك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجنائية ولا مساواة بينهما في وقت الجنائية لان القتال اذا كان ذميا وقت القتل ثم سلم

(قوله) وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزاء المباني) أقول يعني لا يكفي فيها المساواة في العصمة لتل لابد من المساواة في الجزاء المباني في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه لا مساواة بينهما - ما وقت الجنانية وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلماً بذي

به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كافي قوله تعالى والاني بالاني فإنه لا ينفي أن يقتل الانثى بالذكور ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روي عن ابن عباس أن قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احدهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكور منهم بالاني منا والحر منهم بالعبد منا فآثر الله تعالى هذه الآية رداعليهم كذا في الشروح أقول لقاتل أن يقول ان التخصيص بالذكور وان لم يدل على نفي ما عداه الا أن تعرف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو والكرم النهوي أي لا غيرهما والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو ذلك على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدلل الامثلة الحنفية على أن موجب القتل العمد هو القود عيناً لا واحداً من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه النسب به أن الالف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب أن اللام انما يجوز زجها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضاً وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فاحتمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيع لعمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد جعل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خطأ ظاهر أما أولاً فلا من المصنف قد صرح قبل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال لأنه لا مساواة بينهما وقت الجنانية فكيف يتم أن يقول بعده كون الكفر مبيعاً يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالاً آخر فلا يكون هذا منافي لما سبق أو مستدركاً وأما ثانياً فلا بد من سبق قول الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبجح كفر المحارب بدون المسلم والقيل بئله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على أن ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك أن قتل الذي

فانه يقتض منسب بالاجماع
وبان الكفر مبيع لعمه لقوله
تعالى وقاتلوهم حتى
لا تكون فتنة أي فتنة
الكفر فيورث شبهة عدم

الشافعي رحمه الله في غير هذا الموضع بانه يمكن في هذا الفعل شبهة الا باحتمال ان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع القصاص بين المسلم والكافر عند الشافعي رحمه الله أو يمنع القصاص بين المسلم والكافر المستامن بالاجماع فكذا أثر الكفر وأثر الشئ يقوم مقام ذلك الشئ خصوصاً فيما يحتاط فيه ألا ترى انه أقيم أثر النكاح وهي العدة مقام النكاح في منع نكاح الاخت وعدم جواز التزوج احتياطاً كذا هنا لقيام أثر الكفر مقام الكفر في درء القصاص وانه مما يحتال لدرئيه ويحتاط في اسقاطه فاجاب رحمه الله ان جريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة (قوله ولا مساواة بينهما وقت الجنانية) لقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة ولان الكفر من أعظم النقائص والكافر كالميت لقوله تعالى أو من كان ميتاً فأحييناه ولا مساواة بين الميت من وجهه وبين الحي من كل وجه والقصاص يبنى على المساواة فاذا انتفت المساواة بينهما لا يجب القصاص بخلاف الذي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل فعليه القصاص انما قالوا جود المساواة بينهما وقت الجنانية ولهذا قيد بقوله وقت الجنانية (قوله وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة) أي مبيع لاقتل لانه من أعظم الجنائيات فكان مؤثراً في استدعاء القتل الذي هو بمثابة العقوبات فاذا وجد ولم يبع لعرض عقد الذمة أو وث شبهة كالمالك فانه مبيع لو طئ فاذا وجد في الاخت رضاعاً ولم يبع صار شبهة في درء الحد (قوله ولنا ما روي انه عليه السلام) قتل مسلماً بذي وقال أنا أحق من وفي بذمة فالعمل نص والتعليل دليل على ان لا فرق بين أن يكون القاتل مسلماً أو ذمياً ثم أسلم لانه عليه السلام أخبر ان الواجب لذمة المقتول فكان فيه تخصيص على وجوب القود على

المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم رحمه الله أن رجلاً من المسلمين قتل رجلاً من أهل النمة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أحق من وفي بدمته ثم أمر به فقتل وفي دلالة على المطلوب جلاء لا عارى ورد بان مداره على ابن السلمي وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن (١٥٢) السلمي حديثه منكر روى عنه ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلماً بعهده

ولان المساواة في العصمة ثابتة نظراً الى التكليف أو الدار والمبج كغير المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة

بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذي وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الإباحة في دم الذي فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الإباحة كعدم مقتضى تفرغ قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبج وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فينشد ينظم السباق والمحاق بلا اعتبار كلاً لا يخفى (قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظراً الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا اه أقول وزع الشارح المذكور وقول المصنف نظراً الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فعمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله أو الدار على مذهبنا الكنتة محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة تولنا أن القصص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضاً هناك وهي أي العصمة بالدين يعني عنده أو بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي وإذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بشيئها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم أقول لعل كلمة أو في قول المصنف نظر الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كإحدى قوله

سببان كسر رغيته * أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبرة الكافي والتهيين أيضاً فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظراً الى الدار والى التكليف اه فان قلت لم يحتمل المجموع على مذهبنا مع إبقاء كلمة أو وعلى أصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصص ألا يرى أنه إذا قتل مكاف ولو كان مسلماً في دار الحرب لا يجب القصص صرح به في عامة المعبرات فلا بد من أن يكون في دار الاسلام أيضاً

المسلم يقتل الذي واستيفاء القود منه (قوله أو لان المساواة في العصمة نظراً الى التكليف) لانه بهذا الوصف استحق البقاء لانه يجب أن يكون قادراً على إقامة ما كلفه ولا يتم من إقامة ما كلفه إلا بان يكون محرم التعرض مدفوع أسباب الهلاك والكفر ليس بمبج بنفسه بل بواسطة كونه باعثاً على الحرب فإذا سقطت الحرب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبجاً ولهذا قلنا ان كفر المرأة لا يمنع القتل لانه غير باعث على الحرب لان بشيئها غير صالحة (قوله والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة) أي قتل الذي بالذي دليل على أن كفر الذي لا يورث شبهة إباحة القتل اذ لو اورث شبهة لمباحي القصص بين المؤمنين كلاً لا يخفى بين الحربيين وكذا لا يخفى بين المستأمنين على جواب الاستحسان وأما قوله عليه السلام لا يقتل المؤمن بكافر المراد منه الكافر الحربي المستأمن بدليل قوله ولا ذود عهد وهذا معطوف على المسلم أي ولا يقتل ذود عهد بكافر وانما لا يقتل ذوالعهد بالكافر الحربي فلو كان المراد به الذي لما صح جريان القصص بين المؤمنين فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة فان قيل هذا ابتداء أي لا يقتل ذود عهد في مدة عهده قلنا المراد بالاول في القتل قصاصاً لا في مطلق القتل فكذلك الثاني تحقيقاً للعطف

وهو مرسل من ذكر وقال الدار قلنا بنى ابن السلمي لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب أن الطعن بالارسل والطعن بالمبج من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول (ولان القصص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً الى التكليف) يعني عنده (أو الدار) يعني عندنا فيثبت وقوله (والمبج كغير المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبج وتقر به أن لا ناسلم أن مطلق الكفر مبج بل المبج كغير المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة أي قتل الذي بالذي دليل على أن كفر الذي لا يورث الشبهة اذ لو اورث شبهة لمباحي القصص بينهما كلاً لا يخفى بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة إذا قتله مسلم قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصص

قوله ولان القصص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً الى التكليف

والمراد

يعني عنده أو الدار يعني عندنا أقول ولهذا يقتل الذي بالذي (قوله قلنا فيكون قبل قتله

المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوماً نظراً الى مثله وغير معصوم بالنسبة الى المسلم الآن يقال العصمة لا تجزى

وقوله (والمراءى به) جواب عما استدلو به من حديث على رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار الذي حكاه أبو حنيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لما سبقه ولا ذوعهد في عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس يصح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد وهو الحر بي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدري حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا كان ذلك أعم والأعم دلالة له على الاختصاص بوجه من (١٥٣) الوجه فافرضناه دليلا لا يكون

دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفسه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم دخل دارهم بامن فقتل كافر حربيان هو حرام ولكن لا يقتض منهُ والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كأنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء ما نزل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأن) لأنه غير محققون الدم على التأييد) كما تقدم في أول الباب (ولأن كفره باعث على الحرب) لأنه على قصد الرجوع إلى داره في مكان بالحربي

والمراءى به والحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للمغايرة قال (ولا يقتل بالمستأن) لأنه غير محققون الدم على التأييد وكذلك كفره باعث على الحرب لأنه على قصد الرجوع

(قوله والمراءى به) والحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للمغايرة) يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحر بي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذوعهد في عهده فإنه معطوف على مؤمن فالمعنى ولا يقتل ذوعهد بكافر ولا شك أن ذالعهده وهو الذي لا يقتل بالحربي دون الذي فإن جريان القصص بين المؤمنين مجمع عليه فان قبل لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي قلنا لأن العطف يقتضى المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قبل ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذوعهد في عهده ابتداء لكلام أي لا يقتل ذوعهد في مدة عهده فلما نالنا الوال والعطف حقيقة مخصوصا فيكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا يقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما في الكافي وأكثر الشروح في هذا المقام أخذ من المبسوط والأسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المثل قوله والمراءى به جواب عما استدلو به من حديث على رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار الذي حكاه أبو حنيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذوعهد في عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس يصح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد وهو الحر بي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدري حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا كان ذلك أعم والأعم دلالة له على الاختصاص بوجه من الوجه فافرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف إلى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الأول أن الأعم إنما يدل على الاختصاص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاختصاص أي لا يدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الاختصاص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة للعام على الخاص بأحدى الدلائل الثلاث وأما من حيث اندراج الاختصاص تحت ذلك الأعم فيبدل عليه قطعا بواسطة دلالة على معناه العام الشامل لذلك الاختصاص وغيره أيضا ألا يرى أنا إذا قلنا كل حيوان متحرك بالأداة فلا شك أنه يدل على كون الإنسان متحركا بالأداة كسائر الحيوانات لاندراجهم تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر إلى ما تحتها من الجزئيات وهذا أمر لا ستره به ففهمنا نحن فيسألون بقدر حربي في

(قوله والعطف للمغايرة) أقول قال الاتقي ولنا في هذا الكلام نظرا لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذوعهد على كافر لأنه لو عطف عليه

(٢٠) - (تكملة الفتح والكفاية) - (تاسع) لقبل بالحربي هو عطف على مؤمن ولكن نقول أن الذي يقتل بالمذمبي بالاتفاق فلم أن المراد بالكافر الحر بي لا الذي اه فيه بحث وفي الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضى المغايرة اه وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقي فليتلأمل (قوله فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون) أقول له أن يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه بان قتله بغير حق فكذا النهي في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والا لكان ذلك أعم) أقول أي الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فافرضناه دليلا) أقول أي على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خلف باطل) أقول أقول في الثاني لفظ كافر كفي الأول فيصلح الأول قرينة على تقدير الثاني وتقيده بالحربي بدليل آخر فتدبر

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا (ويقتل المسامن بالمستأمن) قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا للقيام
المبج (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبنات اقص الاطراف وبالجنون)
للعصمة ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور القتال

المعطوف عليه وكان كافرا اعم من الحربي والذي يدل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل
مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على مدعاه كزعمه الشارح المزبور
والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له لا يقتضي تقسدي بشئ في الحديث اذ لا يتبع مع تعين معنى
الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فاما معنى
الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على تقدير
عمومه كانه مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عدا محدوده هو أن لا يكون ما فرضناه دليلا
للشافعي دليلا له لازم أيضا على تقدير برأى تقدير حربي في المعطوف عليه يقتضي رأيه لان الحربي مبين
للذي لا تحاله وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الأخص فان لزوم
أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له فلا نلزم من أن يقيده كافر في
الحديث بحربي أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له أولى فكيف ثبت تقدير حربي على رأيه وبالجملة
قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالسكينة فضل عن سبيله ثم ان صاحب
الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغاربة حيث قال ولنا في هذا المقام نظرا لا نقول نعم العطف
للمغاربة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذوعهد على كافر لانه لو عطف عليه لقبل بالحرب هو عطف
على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اه أقول نظره في
غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغاربة ليس إبيان مغاربة ذوعهد في الحديث لكافر حتى يجبه
ما توهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذوعهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغاربة مؤمن دفعا لاحتمال أن
يكون المراد بذوعهد في الحديث هو المؤمن أيضا على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي
اذا المؤمن لا يقتل بذى أيضا عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي وأما اذا كان ذوعهد مدغم في المؤمن فكان
المراد به هو الذي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي ولا يلزم أن لا يقتل الذي بالذي أيضا مع ان خلافه
مجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغاربة ما ذكرنا مع وضوحه في نفسه برشد
اليه جدا تقر بصاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل
الذي بالمستأمن لما بيننا) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذوعهد في عهد وحمله صاحب الغاية على قوله
لانه ليس محققون الدم على التأيد وقبل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذوعهد في عهد واهم بوضوح لان
المعهود منه في مثله لما روينا ولا نقدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا ارى يدهنالك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا
أو محارب أو هو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بيننا لان
التقدير المذكور ليس بحربي وإنما هو تاويل فلم يقل لما روينا كلامه أقول في قوله ويغنيان عن
السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظرا لانه اذا ارى يدهنالك بالحربي ما هو أعم من المستأمن
والمحارب براد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فاما معنى الحديث فيحتاج الى
الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي

(قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بيننا) وهو قوله عليه السلام ولا ذوعهد في عهد (قوله لا يعاد الدواب)
نخصر به عموم الكتاب لان الكتاب مخصوص بالاجماع فان المولى لا يقتل بعبد ولا بعبدولده فيخص به أيضا
وذكر الامام البردوي رحمه الله ان هذا حديث مشهور وثقه الامة بالقبول فيصالح مخصصا وانما يحل حكم الكتاب

(ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بيننا) أنه ليس محققون
الدم على التأيد وقبل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه
وسلم ولا ذوعهد في عهد
وليس بواضح لان المعهود
منه في مثله لما روينا ولا نقدرنا
ذلك بكافر حربي الا اذا ارى يدهنالك بالحربي أعم
من أن يكون مستأمنا
أو محارب أو هو الحق ويغنيان
عن السؤال عن كيفية قتل
المسلم بالحربي والجواب عنه
وعبر بقوله لما بيننا لان
التقدير المذكور ليس
بحربي وإنما هو تاويل فلم
يقبل لما روينا وقوله
(للعصمة) يعني الاتيان
بالدالة بعمومها على وجوب
القصاص وقد ذكرناها
وقوله (ولان في اعتبار
التعاون الخ) يصلح لجميع
ما نال الغنا فيه الشافعي رحمه الله
(قوله لان التقدير المذكور
ليس بحربي) أقول يعني
غير مذكور على قصد
الرواية بل لتبهم الدليل

قال (ولا يقتل الرجل بانه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سبباً لحياته وهو وصف معلول
ظهر أثره في جنس الحكم المعلق به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجدته في صف الاعداء مقاتلاً أو وجدته زانياً وهو محصن فيجوز ان يتعدى به
الحكم من الوالد الى الجد مطلقاً والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لحياته فلا (١٥٥) يجوز ان يكون سبباً لانفائهم قوله

(والقصاص يستحقه)

المقتول جواب عما يقال

الوارث يستحق افناءه لا الولد

ولا يحذر وفيه قولان فمن

المحال ان يتسبب لغنائه

لاستغنى عن هذا السؤال

والجواب وقال مالك رحمه

الله ان ذبحه يقاد به لانتفاء

شبهة الخطأ من كل وجه

بخلاف ما اذا رماه بسيف

أو سكين فان فيه قوهم

التأديب لان شفقة الابوة

تمنع عن ذلك فيمكن فيه

نوع شبهة قال المصنف رحمه

الله (وهو باطلاقة جنتي

مالك رحمه الله) وطوب

بالفرق بين هذا وبين من زنى

بأنثى وهو محصن فانه يرحم

أجيب بان الرجم حتى الله

تعالى على الخلوص بخلاف

القصاص لا يقال فيجب ان

يحذر اذا زنى بجارية بانه لان

حق الملك بقوله صلى الله

عليه وسلم أنت وما لك لا بيت

صار شبهة في الدرر

(قال المصنف والقصاص

يستحقه المقتول ثم يخلفه

وارثه) أقول القصاص

طريقه الخلافة عند أبي

حنيفة دون الوراثة كما سيجيء

في باب الشهادة في القتل

فلا يلائمه كلام المصنف

وجوابه أن فيه شبهة لوراثته

وشبهة بالخلاف فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتياطاً في درء القصاص فليست أملاً فان هذا كلام اجمالي كنيته تذكرة (قوله ولو قال فمن

المحال أن يتسبب لغنائه) أقول وأنت خير بيان عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناه في المحال أن يستحق لاجله اثنائه ولا بد على كونه

المستحق المقتول (قوله لان شفقة الابوة تمنع عن ذلك) أقول أي تمنعه عن النعمد

والنعماني قال (ولا يقتل الرجل بانه الخ) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله
في قوله يقاد اذ ذبحه ذبحاً ولا نه سبب لحياته فمن المحال أن يستحق له اثنائه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجدته في
صف الاعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه

هناك هو المستأن فقط كما هو الاحسن وحزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر
المستأن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعهد في عهده عطف قوله ولا ذوعهد في عهده على المسلم فكان
معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوعهد به ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بانه لقوله عليه السلام
لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص
بعده ولا بعبد ولده وذكر الامام البردوي أن هذا حديث مشهور وثقلته الامة بالقبول فخلع مخصصاً وناسخاً
حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البردوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله
ان الكتاب في حكم القصاص صار مخصص منسبه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبد ولا بعبد ولده فصار
فلنينا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتل بالسنتولو كانت من
أخبار الاحاد ولكن غير تام اذ قد تقرر في الاصول ان العام الذي خص منسبه البعض انما يصير ظنياً اذا كان
تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخرجاً جديلاً مفضول عنه فيكون عمومه
منسوخاً لا مخصصاً وبصير قطعاً في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى بعده أو بعبد ولده عن آية القصاص
ليس كلاماً موصولاً بها فلا ينافي قطعاً فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا أقل من أن يكون
المخرج خديشاً مشهوراً كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البردوي (قوله
والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد

(قوله والقصاص يستحقه المقتول) ولهذا يصح عقوبة الجروح ثم يخلفه وارثه هذا جواب عما يقال انما يستقيم
هذا التعليل ان لو كان المستحق هو الابن المقتول فاجاب ان حق القصاص يثبت للمقتول أو لا ثم يخلفه الوارث
والابن ليس من أهل أن يستوجب ذلك على أبيه وبدون الاهلية لا يثبت الحكم في الاوضح انما يورث
القصاص من المقتول لانه حق المقتول وقد تركه بالموت فيثبت لوارثه لقوله عليه السلام من ترك حقاً أو مالا
فهو لورثته بعد موته وهذا لان الحقوق على ضرر بين حق يتعلق بالمحل وهو الذي يبقى بعد الموت ويثبت للوارث
لان الحق اذا تعلق بالمحل يبقى ببقاء ذلك فيكون باقياً بعد الموت فاذا بقي بعد الموت يكون الميت تاركاً له بعد موته
فيثبت لوارثه لما ذكرنا من الحديث وحق يتعلق بالفعل وهو الذي لا يبقى بعد الموت ولا يثبت للوارث لان الحق
اذا تعلق بالفعل فأنما يبقى مادام الشخص باقياً أهلاً لذلك الفعل وبالموت يخرج الشخص عن أن يكون أهلاً
للفعل فلا يبقى له فيه حق فلا يكون تاركاً له بعد الموت فلا يمكن اثباته لو رثته بعين ما ذكرنا من الدليل والقصاص
من الحقوق التي تتعلق بالمحل لان نفس القاتل يصير ملكاً للمقتول لقوله تعالى النفس بالنفس جعل النفس
عوضاً عن النفس بحرف الباء اذ هي للعوض فلا يكون عوضاً عنه الا اذا كان بمملوكه كالعوض الاخر واذا
صار بمملوكه لا يكون القصاص حقاً يتعلق بالموت فيورث بعد الموت اذ كان بخلاف خيار الشرط وحده
القذف اذا المذهب فيه حق الشرع والحق في خيار الشرط لا يتعلق بالمحل بل يتعلق بالفعل لانه عبارة عن ولاية
الضغنى والشخص بالموت لا يبقى أهلاً للضغنى فلا يكون الحق باقياً له بعد الموت فلا يكون تاركاً له بعد الموت فلا
يثبت لورثته وهذا الوجه انما وافق مذهبهما فانه مذكور في متن الكتاب بعد ذلك وكذا في كتب أصول

قوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانه سبب لحياته وقوله (ولاولاده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب و جاز ذلك بلانا كيد بمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على أبيه اذا قتل الاب عبد ولده وقول (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفي القصاص الا بالسيف) يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفي الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينتظر ان كان قتل بفعل مشر وع مثل ان قطع يترجل فسات منه فعل به مثل ذلك وعمل مثل تلك المدة فان مات ولا تحزر قبته وان كان بغير مشر وع كان سقاء النحر حتى قتله أو لا ط (١٥٦) بصغيره قتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة

في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ولو لم يبق ما كان سلاحا) فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف أوجب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والجل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهذا المختار صاحب الاسرار ونظر الاسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالقتل وقد قررناه في انقري روقه (ولان فيما ذهب اليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لانسلم وجود المساواة في اذهب اليه لان فيه اذادة ولم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى اتفاه القصاص فيجب

والخدم من قبل لرجال أو النساء وان علفي هذا بمنزلة الاب وكذا الوالد والجد من قبل الاب والام قربت أو بعدت لما بينا يقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) حرمة الابوة قال (ولا يستوفي القصاص الا بالسيف) وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشر وعافان مات ولا تحزر قبته لان مبنى القصاص على المساواة واناقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجز فيجب التحرز عنه كفي كسر العظم

ولا محذور رئيسه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال في المحال أن يتسبب لغناؤه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية المقتول لغناه القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال في المحال ان يتسبب لغناؤه فاما ان أراد بتسببه لغناؤه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به ما شاع من استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم (قوله والخدم من قبل الرجال والنساء وان علفي هذا بمنزلة الاب وكذا الوالد والجد من قبل الاب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا) أقول من التجائب هناك الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القود روى قلت ذكر الجدة في الهداية بمن تبسلى الام ولم يطالعها وذ كرفها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب أصلا فوقع لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل أصول المقتول به وان علوا خلا لما لك فيما اذا ذبحنا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الاب مذ كورة في الهداية هنا صراحة فكيف ذهبت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى

الفق في باب الشهادة بالقتل ان القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله يثبت للورثة ابتداء (قوله ومن ورث قصاصا على أبيه) بان قتل الاب أم ابنه وورث الابن قصاص أمه على أبيه (قوله ولا يستوفي القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشر وعافا) كما اذا قطع يد انسان عمدات منه يقطع يد القاتل وعمل مثل تلك المدة فان مات ولا يجوز قبته وان حصل القتل بطريق غير مشر وع بان سقاء خرا حتى قتله أو وطئ صغيرة أو لا ط بصبي فسات من ذلك اختلف أصحاب الشافعي فيه قال بعضهم يجوز قبته ويفعل به مثل ما فعل وقال بعضهم يتخذ له من خشب مثل آل الرجل فيفعل به مثل ما فعل وفي الجز بوجر الماء حتى يموت تحقيقا للمساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أي لا قود يستوفي الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه ولا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح ولانه فعل مستحق شرعا فيستوفي بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما ياتى توفى

البحر عنه كفي كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمداته لا يقتص منه قال

(قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول باني عن الاخلاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اباء (قوله فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف) أقول لا يمكن ان يورد هذا من طرف الشافعي لان القتل بالقتل وجب القود عنده (قوله أوجب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والجل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه) أقول كان مراده ان خبر لا اذا كان من الافعال الخاصة فيجب ذكره فتقوله يجب ليس خبرا للابل هو معتبر في مفهوم القود فانه بصدان يجب اذا كان وجد في قتله القتل بالسيف والخبر هو وجوده فيه بحث فان المراد به الوجود الشرعي ولا يلزم اعتبار الوجود في القود كافي المعنى الاستحقة بغير علم ان ضمير عليه في قوله والجل عليه راجع الى ما في قوله

واذا جاز ترك القصاص كله

عندئذ هو الزيادة فلا يجوز

ترك البعض أول قال

(واذا قتل المكاتب عبدا

وليس له وارث الا المولى

الح) اذا قتل المكاتب عبدا

فلا يخلو ما أن ترك وفاء ولم

يترك فان كان الاول فلا

يخلو ما أن يكون له وارث

غير المولى أول فان كان

الثاني فالمولى القصاص

عند أبي حنيفة وأبي يوسف

رجعهما الله وقال محمد بن

البراء لا يرى في هذا قصاصا

واستدل بما ذكر في الكتاب

وكانه حام حول الدرع

بالشبهات ولهما ان حق

الاستيفاء للمولى بيقين الح

وهو في الحقيقة نفي اعتبار

مثل هذه الشبهة لخطاها

عن درجته الاعتبار لان

السببين اذ ارجع الى شخص

وحكمهم الم يختلف سارا

كسبب واحد والحكم واحد

وأما اذ ارجع الى شخصين

كالمولى وارث غير المولى

واختلاف حكمهما كالسبب

المستشهد بهما فيمكن ان

تكون معتبرة فان كان

الاول فلا قصاص وان

اجتمع والوجود الاشتباه

على ما ذكر لان الصحابة

رضي الله عنهم اختلفوا

في موته على نعت الحرية أو

الرق فانه على قول علي وابن

مسعود رضي الله عنهما

موت حرا اذا ثبت كتابته

فيكون الاستيفاء لورثته

وعلى قول زيد بن ثابت

دون ما يجب شرعا

قال (واذا قتل المكاتب عبدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يرى في هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والمالك ان مات عبدا وصار بمن قال لغيره يعني هذه الجارية بكذا وقال المولى ز وجته امنك لا يحل له وطؤها واختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين بغير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمع وامم المولى) لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان

الله عليه وسلم لا قودا بالسيوف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا اه اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيوف فكيف يلحق به دالة ما كان سلاحا من غير السيوف وهل يتصور أن يدل كلام واحد على نفي شيء وابثباته معا والحق أن يكون المراد بالسيوف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالوا ولنا قوله عليه السلام لا قودا بالسيوف أي لا قود يستوفى الا بالسيوف والمراد بالسيوف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لا قودا بالسيوف وانما كنى بالسيوف عن السلاح اه وقال في النهاية فان قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيوف لأن يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيوف قلنا القود اسم لفعل هو خراة القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيوف كما قتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله عليه لو جود وجوب القود بدون القتل بالسيوف وانما السيوف مخصوص بالاستيفاء اه وذ كر هذا السؤال في العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذلك الوجه من الجواب نظرا لانه انما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا وما اذا كان مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك الا بحجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بأسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الا تخيرت لا تحييص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوه عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيوف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثله ذلك بمعنى المقام ليس بعز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) اقول أطلق الوارث هنا ولم يقيد بالحر وقيد في الصورة الاتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الاول أن يعكس الامر فانه

المستحق بالعراق التي يتيقن انه طريق له وجز الرقبة متيقن بانه طريق استيفاء القتل فأما قطع اليد فلا يكون طريقا لا بشرط السراية وهو موهوم وما يتعلق بالشروط لا يكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا من أن يكون مستحقا وهو اعتبار ما عداه لا تقع ظلمة انتهاء لانه اذا برأت يده يجوز قبته والفعل الثاني زيادة على ما كان منه وهو حرام فيجب الحد عنه كفي كسر العظم عدا فانه لا يجب القصاص أصلا الا في السن لتوهم الزيادة فلا يستقط البعض منه أولى (قوله ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين) أي على تقدير موته حرا وعلى تقدير موته عبدا وهو معلوم أي المولى معلوم والحكم متحد وهو استيفاء القصاص واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به أي باختلاف السبب كما اذا قال المقر على ألف من ثمن يسع وقال المقر له لابل قرض يجب الألف على المقر (قوله بخلاف تلك المسألة) أي المستشهد به لان حكم ملك اليمين بغير حكم النكاح لان حكم ملك اليمين كونه الرقبة ملوكة وحل الاستمتاع تباع والتبعية بمنزلة المعدوم والنكاح يثبت الحل مقصودا فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود والحكم بالحل من غير تعيين السبب يفضي الى المنازعة لان الحل بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن

رضي الله عنه يموت غيبا
فيكون استيفاء القصاص
للمولى (بخلاف الأولى فإن
المولى متعين فيها) وإن كان
الثاني وهو إذا مات ولم
يترك وفاء فواضح كذا كرر
ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك
وفاء ولا ورثته أوله ورثة
أرقاء لعدم الفائدة في
ذكره لأن حكمه حكم
المذكور في الكتاب وقوله
(بخلاف معتق البعض
إذا مات ولم يترك وفاء)
يعني لا يجب القصاص لأن
ذلك المولى لا يعود بموته
ولا ينفسخ بالعجز ماعتق

(قال المصنف وإن لم يترك
وفاء وله ورثة أحرار وجب
القصاص للمولى في قولهم
جميعا) أقول قال في الكفاية
وذكر شيخ الإسلام برديه
لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته
وفاء بالمكاتبه أيضا فما
إذا كان في قيمته وفاء
بالمكاتبه لا قصاص فيه
ويجب قيمته على القاتل في
ماله لأن موجب العمدان
كان هو القصاص لأنه
يجوز العدول إلى المال
بغير رضا القاتل مراعاة
لحق من له القصاص كما إذا
كانت يد القاطع شلاء كان
للمقتول عده العدول إلى
المال بغير رضا القاطع
مراعاة لحق صاحب
القصاص لما لم يجد مثل
حقه بكماله فكذا هنا جاز
العدول إلى المال بغير رضا
القاتل مراعاة لحق من له

مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية والرق بخلاف الأولى لأن
المولى متعين فيها (وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لأنه مات عبدا بلا
ريب لا ينفسخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز
إذا كان الوارث هنا قريبا فإظهاره أنه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة السابقة
لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة إذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشبهه من له الحق
هناك فإنه المولى على كل حال إن مات عبدا فبالمال وإن مات حرا فبالوفاة أما إذا كانت الورثة أرقاء في الصورة
الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما إذا كانت الورثة أحرار لأنه مات عبدا في تلك الصورة
بلا ريب بالتقيد بالأحرار يشعر بكون الحكم في الأرقاء خلاف ذلك بناء على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا
أيضا في الروايات كما صرحوا به فلا حسن ما ذكره صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله
وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار أو أولاد وجب القصاص
للمولى عندهم فإن قلت الرقيق لا يكون وارثا لأن الرق أحد الأمور الاربعة التي تمنع عن الإرث كما تقرر في علم
القرائن فلا احتياج إلى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث
هنا من كان من شأنه أن يرث والرقيق كذلك لأنه يرث عندنا والرق عنه لأم يرث بالفعل فيحمل التقيد
بالحرية ولا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالأحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنهم أقيدت بهم في الكتاب بل في
أصل الجامع الصغير للإمام الرافعي (قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في
قولهم جميعا) قال صاحب الغنى يقول يترك ما إذا مات ولم يترك وفاء ولا ورثته أرقاء لعدم الفائدة في
ذكره لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب أهذا قول هذا كلام خال عن التحصيل لأن كون حكمه حكم المذكور
لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره ألا ترى أن
أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الأحكام مع أنه لا مجال لأن يستغنى به ذكر
بعضها عن ذكر الآخر على أن تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف
حكم المذكور وعلى قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يقيده كون
الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال إن حكم المتروك ههنا معلوم من حكم
المذكور بالأولى يتعلل طريقة دلالة النص فإنه إذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فما إذا كان
له ورثة أحرار فلا يجب القصاص للمولى وحده فيما إذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما
لا يخفى (قوله بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز) قال في غاية

والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر ولا كذلك هنا لأن استيفاء القصاص على التقديرين واحد (قوله إذ
ظهر الاختلاف بين الصحابة) فإن على قول علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم يموت حرا إذا أدت ثبته
فيكون استيفاء القصاص لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا واستيفاء القصاص للمولى
(قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى) ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده برديه
أنه لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتبه أما إذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبه لا قصاص فيه وتجب قيمته على
القاتل في ماله لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص لأنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة
لحق من له القصاص كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقتول عده العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة
لحق من له القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا هنا جاز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق
من له القصاص لأن وجوب القيمة أنفع له لأنه يحكم بحرية يتوجه به أولاده إذا أدى بدل الكتابة من قيمته ولو
وجب القصاص يموت عبدا ولا ينتفع بالقصاص ولما كان وجوب القيمة أنفع كان القول به أولى (قوله
بخلاف معتق البعض) يعني إذا مات عاجزا ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا قصاص لأن بعجز

(واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لملك فلا يليه والراهن لو تولاه لم يلحق حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيده أن يقتل

البيان قال القدوري في شرحه المختصر الكرخي وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذ امان عاجز لانه ذكروا في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المكاتب ينسخ به الكتابة فكأنهم لم تكن وموت المعتق لم ينسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اهـ أقول فيه نظر قد مر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف وجههما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وتركه وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسئلة معتق البعض اذ امان عاجز ابان المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فنأين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذ امان ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فيمنع يصح تنعيم ما أجله المصنف في تعليله بقوله لان الحق في البعض لا ينسخ بالجزء بان يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالي باختلافهما الا افضاء الى المنازعة تأمل توقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيده أن يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا يبيد المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب الغني في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلا يبيده وهو جسد المقتول الاستيفاء أقول هذا قصير في بيان المسئلة فان كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كاخيه وأختيه لام من غير أبيه وكامه المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فسامعني تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب في تفسيره ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلا يبيد المعتوه وهو جسد المقتول ولاية استيفاء القصاص اهـ واقفي أثر جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص

المكاتب تنسخ الكتابة وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه فلم يثبت الملك للمولى في الكل بموته عاجز (قوله واذا قتل عبد الرهن الى آخره) في بعض الفوائد المروون اذا قتل عمدا لا يكون للراهن القصاص الا اذا اجتمع المرتهن معه فاذا اجتمع فله القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد ليس له ذلك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وجه قول محمد رحمه الله أن المرتهن يداو للراهن ملكا فيضاف العبد بكتبه الى هذا من وجهه والى ذلك من وجهه فلا يثبت الاستيفاء وان اجتمع عليه كعبد المكاتب اذا قتل لا يجب القصاص وان اجتمع المولى والمكاتب بخلاف المشترك حيث يجب اذا اجتمع المولى لان الملك لكل واحد منهما ثابت في النصف من كل وجه ولا يبيد حنيفة رحمه الله ان الجنائية وقعت على ملك الراهن من كل وجه الا أنه لا ينفرد بالاستيفاء لما فيه من اسقاط حق المرتهن فاذا رضى سقط حقه واذا اقتصر الدين لان القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فصارت المالية هالكة في المرتهن فيسقط الدين وعلى قوله يشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه نوع اشكال وهو ان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه والجواب عنه ان الاستيفاء وان تم بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال العود اما بالصلح أو بدعوى الشبهة في القتل فيصير خطأ (قوله واذا قتل ولي المعتوه) أي قريبه فلا يبيده أي لا يبيد المعتوه اذا قتل ابن المعتوه فلا يبيد المعتوه وهو جسد المقتول ولاية استيفاء القصاص

منه وقوله (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلا يبيده) وهو جسد المقتول الاستيفاء القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحريته وحرية أولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اهـ والمراد اذا كان في الغائب ماله حتى لا يخالف مذهبنا على ما سبق

(لأنه من) باب (الولاية على النفس شرع لامرأه أجمع البها) أى إلى النفس (وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالإخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه بفعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل (١٦٠) للابن بخلاف الأخ (وله) أى لولى المعتوه (ان يصلح) لكن على قدر الدية

لأنه من الولاية على النفس شرع لامرأه أجمع البها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وله ان يصلح) لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له ان يعفولان فيه ابطل حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا) (والوصى بمنزلة الاب في جميع ذلك لأنه لا يقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصى لا يملك الصلح

(قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لامرأه أجمع البها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا بشئ لان الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة سوى الأخ فاقرب منه فذلك كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا فلفظ الغاية أقول ما نسبته الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورد عليهم مردود فانه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراعاة الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لابي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القتال نيابة عن المعتوه كإله ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراعاة الشراح التنبية على أن ليس كل من يملك نكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الأخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وينبوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه بفعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الأخ فقول صاحب الغاية لان الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه بآه بنفسه كإله الظاهر من تعديله بقوله لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم واسكن لامساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير أو معتوه في النفس أو فسادون النفس وله أب ولا حق للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي اه وان أراد بذلك ان الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أرفى شئ من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذى ذكره في الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضى خلاف ذلك قطعاً (قوله) وله ان يصلح لأنه أنظر في حق المعتوه قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل

ولاية الصلح (قوله لأنه من الولاية) أى لان استيفاء القصاص من الولاية على النفس فيليه كالانكاح ولكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص وذلك لان القصاص شرع للتشفي الصدر وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد نفسه فلذلك جعل التشفي للاب كالحاصل للابن بخلاف الأخ وله ان يصلح لكن هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية (قوله لما ذكرنا) أراد به قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لامرأه أجمع البها وتشفى الصدر (قوله وهذا من قبله) أى استيفاء القصاص من قبل الولاية على النفس (قوله ويندرج تحت هذا الاطلاق) وهو قوله والوصى بمنزلة الاب في جميع ذلك (قوله وفي كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح) أى عن

فان نقص يجب كمال الدية لأنه أنظر في حق المعتوه وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله لأنه من الولاية على النفس وقوله (لأنه ليس له ولاية على نفسه) أى نفس المعتوه (وهذا) أى الاستيفاء (من قبله ويندرج تحت هذا الاطلاق) يريد قوله والوصى بمنزلة الاب في جميع ذلك ونسوله (ان الوصى لا يملك الصلح) يعنى عن النفس وأما عمادونها فبذلك وقوله (وانه) أى المال (يجب بعقده) أى بعقد الوصى

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالإخ فانه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الاتعاني قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول هذا ليس بشئ لان الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة سوى الأخ فاقرب منه فذلك كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه وفيه بحث لان ما ذكره فيما اذا قتل الأخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الأخ المعتوه والاب حي (قوله لأنه شرع للتشفي) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لأنه

وهو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه وفيه بحث لان ما ذكره فيما اذا قتل الأخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الأخ المعتوه والاب حي (قوله لأنه شرع للتشفي) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هو أن المقتصر من الصلح المال وأنه يجب بقدره كما يجب بعدد الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى وقالوا القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في العارف كماله يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بهم اسم ذلك الأموال فانها خلقت وقاية للنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والوصي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح ألا ترى أن من قتل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة نفسه

من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية اهـ وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنتز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لأن لفظ محمد في الجامع الصريح مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لأنه قال وله أن يصلح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا بطلاقه وانما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا ترى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو رأس الجراحة أو أكثر إلى هنا لفظه أقول نظره سافط فان لا صاحب القصاص يخرج من المشايخ صرف إطلاق كلام المجتمع إلى التقيد اذا اقتضا. الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الأمر هنا كذلك والظاهر أن الشراح أخذوا التقيد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب القصاص ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضا إلى تلك الرتبة فلا يقرح فيما قالوا إطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة ثم إن قوله وانما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعاً عرفاً ولا دية الأب للمعتوه نظراً فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعاً عرفاً وعادة وأما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جداً فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما إذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقبيله جائز بل لا يرب اذله اسقاط حقه بالسكية بل أخذ عوص عنه أصلاً فتركه بمقابلة مال وإن قل أولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح هنا أولى صاحب حق القصاص وهو أبوه لأن نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق ليكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضاً عدم الفرق بين التصرف لنفسه أصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال إذا كان أنظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي أن لا يملك الأب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند إمكان المصالحة على المال لأن ولاية الأب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه أن يراعي ما هو لا نظره ويمكن أن يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو لا النظر لأن في خلافه أيضاً حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينبأ أحد أولوية المصالحة على المال فبما نحن فيه على أن تكون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضاً ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بأن المقصود بالقصاص تشفي

النفس على المال أما يملك الوصي الصلح عما دون النفس على المال لأنه يملك استيفاءه فبذلك صلحه على المال (قوله لما فيه من الإبطال) أي إبطال حق المعتوه من القصاص والمال (قوله والوصي بمنزلة المعتوه في هذا) أي إذا قل قريب الصغير فلا يبدل يقتص وله أن يصلح وليس للوصي أن يقتص وذكر الامام الثوري ناشئ ولو قتل

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) إذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الأب وأولادان كان فلهما الاستيفاء عند علمائنا راجعهم الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكره ووجه أبي حنيفة رحمه الله (١٦٢) مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فلا يكبر أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لأن القصص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزئ وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى ادراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحد هماغائب أو كان بين المولىين وله أنه حق لا تجزئ لثبوته بسبب لا تجزئ أو هو القرابة

الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير إليه بقوله تعالى ولكم في القصص حياة حينئذ لا يلزم أولوية العمل بالمصلحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والأخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشرح لأن لفظ الأولياء في المشرح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور أن يراد معنى المشرح بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والأخر كبير ولا يساعده لفظ الأولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصور أن يقال بأن كان للمقتول أخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين أن يقال ليس مقصود ههنا شرح كلام المصنف على وفق عين عبارة بل مقصود ههنا مجرد تصور المشكلة على وجه يتضمن الإشارة إلى أنه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة إلى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحد هماغائب أو كان بين المولىين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولىين أي وأحد هماغائب واقفي أثره صاحب معراج الدارية كما هو دأبه في أكثر المحال * أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي إذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولىين مستدركا لمحضه إذ يتناول حيزه قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحد هماغائب فيستغنى عن قوله أو كان بين المولىين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحد هماغائب على قوله أو كان بين المولىين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحد هماغائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج إلى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولىين أن يقال أي وأحد هماغائب إذ لا يلزم حينئذ شيء من المذخورين بل يكون كل من قوليه المزبورين إشارة إلى مسألة مستقلة مغايرة للأخرى ووافقهم مخرج ما ذكر في المبسوط فإنه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديار صورة مسألة المولىين فيما إذا كان العبد مشتركين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا تجزئ لثبوته بسبب لا تجزئ أو هو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزئ بسبب القصص وهو القرابة على عدم تجزئ القصص نفسه خفاء فإن العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا أو مسببا مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تجزئ كما أنها سبب لاستحقاق ولي القتل القصص في القتل العمدة كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطأ مع أنه لا شك أن الدية تجزئ لانتهام مال والمال منجز بلا ريب فالظاهر في بيان كون القصص عبد اليتيم لم يكن للموصي أن يقتص ولو كان الأب حيا له أن يقتص وله أن يصالح (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والأخر كبير (قوله لعدم التجزئ) لأنه تصرف في الرزق وهذا لا يقبل الوصف بالتجزئ (قوله أو كان بين المولىين) أي أحدهما صغير أو كبير غائب فإن كان

فإنه في الغائب موهوم فلا استيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤسح حال الاستيفاء فالتنقي الشبهة وإذا انتفى الشبهة وهو حق لا تجزئ لثبوته بسبب لا تجزئ وهو القرابة ثبت لكل واحد كلاً كالولاية في الانكاح واعتراض بأنه لو كان كذلك لما سقطت القصص بعفو أحدهما كالأمر بعد القتل وعفا أحد الأولياء فإن غيره ولاية استيفاء قصاص قتله لا محالة وأجيب بأن الحق واحد فلم يسقط كل نائبنا ساقطاً وهو محال فيسقط القصص وينقلب ما لا نظراً للجانبين بخلاف ما إذا تعدد القتل فإن الحق غممة تعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الأب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا تجزئ وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو ثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بأنه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كلاً (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلم يسقط كل نائبنا ساقطاً وهو محال) أقول إن أراد كان نائبنا في حق غير العافي فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي ونظره أنه لا يقدر بعد العفو على القصص ويثبت في حق غيره ولعل الظاهر أن يقال لما كان الحق واحداً وسقط في حق العافي وأورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان نائبنا من وجه ساقطاً من وجه موهوماً وكذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤخر في سقوط القصص

وا احتمال

نائبنا ساقطاً وهو محال) أقول إن أراد كان نائبنا في حق غير العافي ساقطاً في حق غيره فاستدلته مجموعة وإن أراد كان نائبنا مطلقاً ساقطاً كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي ونظره أنه لا يقدر بعد العفو على القصص ويثبت في حق غيره ولعل الظاهر أن يقال لما كان الحق واحداً وسقط في حق العافي وأورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان نائبنا من وجه ساقطاً من وجه موهوماً وكذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤخر في سقوط القصص

واقتهال عفون الصغیر منقطع فیثبت لكل واحد منهما كلاً كافي ولاية الانكاح بخلاف الكبير بن لان
احتمال العفون الغائب ثابت ومسئلة المولین ممنوعة قال (ومن ضرب رجلاً برقة فقتله فان اصابه بالحديد
قتله وان اصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحديد لوجود الجرح فكامل
السبب وان اصابه بظهر الحديد فغندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتباراً منه لالة وهو الحديد
وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما ينسب ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما اذا
ضربه بالعود فأنما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو
بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثل وفيه خلاف أبي حنيفة

حقاً لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومراجعي الرواية أثناء تقرير دليل الامين وهو ان القتل غير متجزى لانه
تصرف في الروح وذالايقبل التجزى ثم ان بعض الغضلاء طعن في قولهم هنا أن سبب القصاص هو القرابة
حيث قال كيف يكون سبب القرابة وهو يثبت الزوج والزوجة اه أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل
للمعتق والمعتقة أيضاً كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو الزوجة وفي المعتق والمعتقة هو
الولاء دون القرابة لأن الظاهر أن قواهم ههنا هو القرابة ما بناء على التغليب لكون أولياء القتييل في
الاكثر قرابته وأما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فبهم السبب
(قوله واحتمال العفون الصغیر منقطع فیثبت لكل واحد منهما كلاً كافي ولاية الانكاح) قال الشراح
وجه أبي حنيفة مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه
فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفاً والحاضر لا يشعر به فلو استوفى
كان استيفاء مع الشهادة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغیر فأبوس حال استيفاء القصاص لانه ليس من أهل
العفو وانما يتوهم العفونه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تقتسر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص
لاحتمال أن يندم على مقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغیر للامام
الحنبلي أقول لقائل أن يقول اذا لم يكن للغائب شعور أصلاً يكون قربه مقتولاً بان كان في مسيرة سنة مثلاً
من موضع القتل فاني يتوهم منه العفو في الحال اذا العفو عن الشيء فرغ الشعور به فحيث لا شعوره لا يتصور
العفونه ومسئلة الغائب نعم مثل هذه الصورة أيضاً فكيف يتم فيها ذكر وامن التفرقة ثم أقول يمكن أن
يدفع ذلك بأنه يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت على الغير فاني
عفوته ورثت منه فيندرج في هذه الكلبة عفو عن قتل قربه أيضاً ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال
في صورة ان كان بعض الأولياء غائباً وان كان موهوماً ورثت شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها
بالاجماع ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلاً بالمثل وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنا أن يقول وفيه خلاف أبي يوسف
ومحمد وجه الله لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود ولا وجوب
العود عند ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثل لافي وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

الشريك الكبير أب الصغیر فله ان يستوفي خلافاً لما في وجهه ان الله فعنده ليس للاب ولاية استيفاء قصاص
الصغیر (قوله ومسئلة المولین ممنوعة) ذكر في الامرار لاراية في عبد اعتقه جـ لـ ان ثم قتل أو قتل وله
وليان ويجوز ان لا يثبت القتل لاحدهما حال الادا اجتماع كافي انكاح أمة اعتقه جـ لـ ان أو قبل الاعتان
لان كل واحد منهما مالك لنفسه والولاية على الشخص لا تثبت بالاباكل والسبب لا يثبت الاب ما نقاهما مقام
رجل واحد والواحد منهما كمنصف رجل وشعاره في فوات مولانا جـ لـ ان عبيدين مولين وأحدهما
صغیر قتل عبد قال به بعض مشايخنا عند أبي حنيفة رحمه الله ولاية استيفاء القصاص (قوله اعتباراً منه لالة)
وهو الحديد فانه معد لذلك في الدنيا والآخرة قال الله تعالى وأتر لنا الحديد فيه باس شديد وهو القتل وقوله تعالى

وقوله (ومسئلة المولین ممنوعة) جواب عن قوله
أو كان بين المولین وسند
منعه ما ذكر في الاسرار
لارواية في عبد اعتقه جـ لـ ان
ثم قتل أو قتل وله موليان
فيجوز أن يقال لانسلم أن
أحدهما لا ينفر دبالاستيفاء
ولئن سلمنا فاحد المولین انما
لم ينفر دبالاستيفاء لان
السبب لم يكمل في حقه لان
بعض الملك وبعض الولاء
ليس بسبب أصل فـ لـ ان
كشخص واحد والواحد
منهما كمنصف رجل وشطر
حله وقوله (ومن ضرب رجلاً
بمراح) واضح

(قوله ولئن سلمنا فاحد
المولین انما ينفر دبالاستيفاء)
أقول فيكون قوله انه حق
لا يتجزى بخصوصهما اذالم
يكن السبب القرابة كما
لا يخفى (قال المصنف وفيه
خلاف أبي حنيفة رحمه الله
تعالى) أقول فيه أن قضية
المساق أن يقول وفيه
خلاف أبي يوسف ومحمد
فليتأمل (قال المصنف وهي
مسئلة الموالاة) أقول فيه
بحث بل تلك أعم منها فان
القتل بالسوط قد يكون
بدون الموالاة كما اذا ضرب
صغیراً فسات منه وجوابه
أن الضمير عائد الى خلافة
الشافعية لا الى مسئلة القتل
بالسوط مطلقاً فافهم

على ما بين وقيل هو معتزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية في تحقق الموجب ولنا ماروينا لأن قتل خطأ العمد و بروي شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أوله اعتراف القصد في خلال الضربات فيعبر أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دائرة للعود فوجب الدية قال (ومن غرق صبي أو بالغافي البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة قال يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفى حرا ويندبه بغير كإيئناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة

وكذا قوله (ومن غرق صبياً) و (كإيئناه) إشارة إلى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله

مذهب أبي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصر المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدام يتعرض له أحسن الشراح لامن جهة القدرح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم ينتبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية يتوقوله لهم أي للشافعي ولهما المكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالعقول اه وتبع جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالعقول اه أقول لانه ما عدا في عبارة المشرح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك يقتضي أن يكون قوله ولان الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بمشاركته مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تغف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعمد في الاستيفاء هذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل باحدهم ادون الآخر مع كونه لا يتخلو عن اشكال في نفسه لا موجه له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت نأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وشئ منهم الم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لا نأقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على أن لا يستوفي القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لان يتسلط به مع ان ائتمنا مسكوا به في ذلك المطالب واعتمدوا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام أن يقال الحديث بحجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي يبقيه على ظاهره فيعمل التفریق على حقيقة وأما الامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التفریق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلا كناه ويكون التعبير بغرقناه لما كانه قوله من غرق وانما يحمله على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الأصول انه اذا تعارض ظاهر النصين يطالب المخلص منهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وهما المخلص عندهما يتيسر

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا رد أن مذهبهما أن لا قود الا بالسيف (قال المصنف له قوله عليه الصلاة والسلام أن لا قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد لذلك استدلال به على مطلوبه تأمل (١) قوله في بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار اليه المصنف فيها بعد بقوله ومارواه غير مرفوع تأمل اه منه

ولهم مقام مع من حديث (قوله ولنا ماروينا لأن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا) ولا يقال انه محمول على عدم الموالاة لاننا نقول بان اجراء على اطلاقه أولى اذ فيه ذرة القصاص وهو مندوب اليه (قوله ومن غرق صبياً أو بالغافي البحر فلا قصاص) ذكر محمد رحمه الله التفریق بالماء مطاوع وهو على ثلاثة أوجه ان كان الماء قليلا لا يقتل به غالباً لا يجب القصاص بالاتفاق وان كان الماء كثيراً الا انه يمكنه النجاسة بالسبابة فهو شبه العمد عندنا وان كان الماء كثيراً ولا يمكنه النجاسة بالسبابة كالبهر فهذا مسئلة الكتاب كذا في بعض الفوائد (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) أي للشافعي رحمه الله ولهما المكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال

لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله (ولا مرا في العصمة) أي لا شك فيها وقوله (ومنه المقصة للعالمين) الجمل الذي يجزبه وهما جملتان وقوله (ومارواه غير مرفوع) لأنه يلزم على قوله النحر بق النحر بق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعد ابائهم (أو هو محمول على السياسة قد أومت) أي أشارت (إليه) أي إلى كونه محمولا على السياسة (إضافته إلى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة فإنه روى عنه ان لا كفارة في شبهه (١٦٥) العمدة روى الطحاوي أن فيه الكفارة

عنده وأما الدية فإنها واجبة عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سفل دم محقق على التأييد عمدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عقو أو شبهة وقوله (وإذا التقي الصقان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي توالى روى أن سيوف المسلمين توالى على البهتان أي حذيفة في بعض اللبالي في غزوة الخندق فقتلوه على أن أنه مشرك فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله (ومن شج نفسه) واضح وقوله (وفعله بنفسه)

(قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول ويجوز لهما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية وأما القصاص بالنحر بق فلم

فاستعمالها أمانة العمدية ولا مرا في العصمة وقوله عليه السلام ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعاص فيه وفي كل خطأ الرشد ولان الآية غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لاعتدال استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينشأ عن المماثلة ومنه يقال اقصد أثره ومنه المقصة للعالمين ولا تماثل بين الجرح والدمق لقصور الثاني عن تحرييب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمته التي جزلان القتل بالسلاح غالب وبالمنقل نادر ومارواه غير مرفوع وهو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافة إلى نفسه في ما إذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراس حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف إليه قال (وإذا التقي الصقان) من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلما طعن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على البهتان أي حذيفة قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية إذا كانوا مختلفين فان كان في صف المشركون لا تجب لسقوط عصمته بشككبر سوادهم قال عليه السلام من كثرت سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجهر جل وعقره أسدوا صابته حبة نبات من ذلك كله فعلى الاجنبى ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدر في الدنيا والآخره وفعله بنفسه

بجعل التعزيب على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدير (قوله وله قوله عليه السلام ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعاص فيه وفي كل خطأ الرشد) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة ترجمه الله تعالى في مسألة التعزيب بخفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالة على ذلك والانصاف انه

بالمعقول أو للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص والاستيفاء ولهما الاستدلال بهذا الحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء لم يعمل بهما هذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف (قوله وفيه وفي كل خطأ الرشد) تنمة الحديث (قوله ومارواه غير مرفوع) وهو من غرقناه أو هو محمول على السياسة (قوله وقد أومت إليه إضافة) أي أومت إلى الجمل على السياسة إضافة النبي عليه السلام فعل التعزيب إلى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل من غرقني يغرق واختلف الروايتين بالرفع وهو مبتدأ وقوله الكفارة خبره أي اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة ترجمه الله إنما كان في الكفارة لا في الدية لان الدية واجبة من غير تردد وبالمنصب لا يكاد يصح لانه لم يذكر اختلاف الروايتين في الكفارة قبل هذا الا أن يكون مراده ذكره في كتاب آخر ومراده من اختلاف الروايتين اختلاف القولين وقد ذكر قبل هذا حيث قال وموجب ذلك على القولين الا أنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ وفي الايضاح بعد ما قال في شبهه العمد الكفارة وجدت في كتب أصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله أحد نوعي الخطأ) وهو الخطأ في القصد (قوله على ما نطق به نص الكتاب) وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحر برقة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله (قوله ولما اختلفت سيوف المسلمين على البهتان أي حذيفة) في حرب

بعمله لو جرد نص أقوى منه لا قود الا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون متروكا بالكلية ويجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضا في التوزيع بحث كالأخفى (قال المصنف ومنه المقصة للعالمين) أقول قال السكاكي سميت المقصة مقصدا لان كل واحد من الحديدين عامل في شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه أولى لاسم المقصة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع) لأنه يلزم إلى قوله أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تنمة الحديث ومن حرق غرقناه ومن قتل عبدا قتلناه كذا في فوائد جند الدين الضرر ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ استدلال منع وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر جمع السند وقوله وقد أومت أنهم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلاف مبتدأ وقوله في الكفارة خبره

هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يفسل ويصلى عليه) أترك كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يفسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنيته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله (فلم يكن هدرا مطلقا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبرا في الآخرة والباقي واضح

(فصل) لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله (أطل دمه) أي أهدر وقوله (والمعنى) أي ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لان الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان لاعتين (١٦٦) انقل وقوله (لما بيننا) اشارة الى ما ذكره من الحديث والمعقول

هدر في الدنيا معتبرا في الآخرة حتى ياتم عليه وفي النوادر ان عند أبي حنيفة ومحمد يفسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يفسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبيد ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبنا في كتاب الجناس والمز يدفلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبرا في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس ثلث بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلث فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم *(فصل)* قال (ومن شهر على المسلمين سيغا فاعلمهم أن يقتلوه) اقره عليه السلام من شهر على المسلمين سيغا فقد أطل دمه ولأنه باغ فقتله عليه مائة بيغية ولأنه تعين طريقه بالقتل عن نفسه فله قتله وقوله فعلمهم وقول محمد في الجامع انه غير حق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحيلا أو نهارا أو شهر عليه عاصيلا في مصر أو نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور وعليه عد فلائشي عليه لما بيننا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الغيرة وان كانت ثلث ولكن في الدسل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهاري في غير مصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا

لا يدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التمهلات ولعل هذا هو السر في أن صاحب الكافي ترك التمسك بهذا الحديث ههنا بالكتابة وكفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

أحد وطنه الملبون حريبا (قوله وفي النوادر عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله يفسل ويصلى عليه) هذا أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يفسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من غير علة على نفسه عند ما اعتمد أبي يوسف رحمه الله لحنايته على نفسه سمعته حتى لا يصلى عليه صار بمنزلة الباغي ولو كان فعله هدرا أصلا كنهش الحية ولم يكن جناية مع كونه مقتولا حقيقة لكان شهيدا ويسقط غسله فلم يكن فعله هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاسد والحية هدر في الدنيا والآخرة وفعل الاجنبي معتبرا في الدنيا والآخرة فيكون التالف بفعل كل واحد ثلث فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم بالصواب *(فصل)* (قوله فقد أطل دمه) أي أهدر وقوله فعلمهم وقوله حق على المسلمين أن يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر أي انما وجب القتل لان دفع الضرر واجب (قوله وفي سرقة الجامع الصغير الخ) وانما ذكر هذه زيادة بيان فمما ليس في قوله ومن شهر على المسلمين سيغا فاعلمهم أن يقتلوه وهو قوله فلائشي عليه وانما ذكر هذه لفائدة وهو أن الجائر أن يجوز قتله وعليه الضمان كما في قتل الجمل الصائل والاكل من مال الغيرة له المخذمة فتقال فلائشي عليه لدفع هذا الوهم (قوله لما بيننا) اشارة الى ما ذكر من طريق غير المصر فقتله المشهور وعليه عد فلائشي عليه

طريق غير المصر فقتله المشهور وعليه عد فلائشي عليه (قوله قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير فان شهر عليه عاصا قالوا نهارا في مصر فقتله المشهور وعليه عد قتل به اه وفي شرح الجامع الصغير افاضنا رجل شهر سلاحيلا على رجل في مصر ليلا أو نهارا وفي غير المصر فقتله المشهور وعليه عد الاثني عليه لانه قتل به لدفع الشر عن نفسه ودفع الشر مباح أو واجب وان شهر عليه عاصا في المصر نهارا فقتله المشهور وعليه بالحد فعدا قتل لانه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لان العصا تلبث وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار بجو الان سلاح لانه لا يلبث ويحتاج الى المفازة أو كان في المصر ليلا لانه لا يلحقه الغوث وان كان الحطب أو الحجر عظميا لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم

(قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال الكاكي وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

(فصل ومن شهر) (قوله) ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص أقول وهو قتل المشهور وعليه

وجوب القصاص ان لم يثبت ما دعاه من سل السيف عليه بالبيينة (قال المصنف لقوله

عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل على اباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى ذلك ظاهرا (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر)

أقول أي وجوب دفع الضرر فالضام مقدر (قال المصنف ومن شهر على رجل سلاحيلا أو نهارا أو شهر عليه عاصا ليلا في المصر أو نهارا في

وقوله (وعلى هذا الخلاف

الصبي والدابة) يعني إذا
صلا على إنسان فقتله
المصول عليه عمد ايضاً
الدية والقيمة وقوله (فأشبه
المكره) يعني ان المكره لما
صار مسلوب الاختيار من
جهة المكره أضيف التلف
الى المكره فكذلك المصول
عليه وقيل معناه فأشبه
المكره يعود على المكره
فقتله وقوله (قاتل دون
مالك) أي لاجل مالك وقوله
(فكذلك استرداد في الانتقام)
لانه أسهل من الإبتداء

والله أعلم

*(باب القصاص فيما

دون النفس)*

(قوله فقتل المصول عليه عمد

يضمن الدية والقيمة) أقول
الاولى قطع الكلام عند

قوله عمد أو ينجم بقوله

وعند الشافعي لاشي عليه

كلا يخفى (قوله يعني أن

المكره لما صار مسلوب

الاختيار الخ) أقول هذا

الكلام على هذا التقرير

كلام الزايم من الشافعي والا

فعنده يجب القصاص

على المكره والمكره كما

قال المصنف وانما لا يجب

القصاص لوجود المبيع وهو

دفع الشر) أقول دفع الشر

واجب كما ينبغي أن يراد

بالمبيع ما يعم الوجوب قال

المصنف فوجب الدية) أقول

لا أن الأضطرار في دفع

الائتم والقصاص دون الضمان

كالمضطر إذا كل مال لغير

(باب القصاص فيما دون النفس)

قالوا فان كان عصا التلبس يحتمل أن تكون مثل السلاح عنده ما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور وعليه عمد فعليه الدية في ماله) وقال الشافعي لاشي عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون لاشافعي انه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير مجزولاً على قتله بفعله فأشبهه المكره ولا يبي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر في الجلة حتى لو لم تقننا يجب عليهما الضمان وكذا عمدتهما لهما لقتلهما معاً وعصاهما الدابة لحق مالكهما فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصاً معصوماً وأتلف ماله معصوماً حقاً لملكه وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وان كانت عصمة تهما خفية العمد اختار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهم ما بخلاف العاقل البالغ لانه اختياراً صحيحاً وانما لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر فوجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحاً في المصرف فضر به ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه اذا ضربه فأنصرف لانه خرج من أن يكون بحار باباً لأنصرف فمادت عصمة قال (ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السمرة فاتبه وقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذلك استرداد في الانتهاء وما ويل المسئلة اذا كان لا يتمكّن من الاسترداد الا بالقتل والله أعلم

(باب القصاص فيما دون النفس)

قال (ومن قطع يد غيره عمد من المفصل قطع يده وان كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبي عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته بما فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن

(باب القصاص فيما دون النفس)

لم يفرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفسير والشرح قال الزياي في شرح السكندر

الحديث والمعقول فان قيل قوله في الحديث فقد أطل دم يدل على الإباحة فقط فكيف يتمسك به على الوجوب قلنا لما أهدر دمه صار ملحقاً بالكافر الحربي المار بفيكون قتله واجباً لما كان لا عين القتل بل لدفع الضرر حتى لو أمكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله والدليل على أن قتله واجب أن المباح ما استوى طرفاه ولا يأنم التارك بتركه وهما نزلت المشهور عليه قتل الشاهر مع امكانه يكون آمناً فدل أنه واجب (قوله فأشبهه المكره) صورته أن رجلاً أكرهه بالأسلحة على أن يقتله وتحقق عند المكره أنه لو لم يقتله لقتله فقتله فلا شيء عليه ولا يقال بان عند الشافعي رحمه الله يجب القصاص على المكره فكيف يصح الاستدلال لانا نقول انما يجب القصاص عنده على المكره اذا كان المقتول غير المكره فاما اذا أكرهه المكره على قتل المكره فقتله فلا راية فيه ويحتمل أن لا يجب القصاص عنده ههنا لان المكره أسقط عصمة نفسه بالاكره فلا يجب القصاص بقتله بخلاف ما اذا كان المقتول غير المكره لان المقتول ثم معصوم فانتزعا (قوله ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهما) أي على الشاهر وهو الصبي والمجنون (قوله فضر به ثم قتله) أي ضربه الشاهر فأنصرف ثم قتله المشهور وعليه فعلى القاتل القصاص هذا اذا ضربه الاول وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانياً لانه لما شاهر حل دم دفعاً لشره فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره وعادته عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصاً معصوماً من غير دفع ضرر فلهذا القصاص (قوله قاتل دون مالك) أي لاجل مالك (قوله وما ويل المسئلة اذا كان لا يتمكّن من الاسترداد الا بالقتل) أما اذا أمكنه بطريق آخر كالتمديد والصباح عليه يكون القتل

(باب القصاص فيما دون النفس)

مضموناً والله أعلم (قوله والجروح قصاص) أي ذات قصاص في شرح الاقطع فاقتضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس وفي الابيضاح فصار القصاص فيما دون النفس مشروعا بهذه الآية والمماثلة معتبرة من حيث سلامة

(قوله لانه أسهل من الإبتداء) أقول فيه شيء اذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التسبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها) لان منفعة اليد وهو البعاش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة اذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذ من الشاج لكبر رأسه فان الكبر قد اعتبر وخبر المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذها أرض الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وفي الاقتصاص بمقدار هاهنا بقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فان في المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ومثل الصورة وان شاء أمثلها وشها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدر وروى وهو ما ثور عن الصحابة رضي الله عنهم روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاءه على رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان بمحض من الصحابة (١٦٨) رضي الله عنهم قوله (لما تلونا) إشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض

النسخ لما ذكرنا وهو في القامع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لا مكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعه الا قصاص عليه) لا متناع المماثلة في القلع وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لا مكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمي له المرأة ويجعل على وجهه قطر وطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو ما ثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وان كان سن من يقتص منه أكبر من سن الاسحر) لان منفعة السن لا تتفاوت بالسن والصغر والكبر قال (وفي كل شجة تحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص في عظم الا في السن) وهذا اللفظ مروى عن عرو ابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمائلان

أي ذو قصاص أقول لوجه لئلا يبرده الا بتحمل ركيك لا ينبغي أن يرتكب بالضرورة في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمائلان) قال صاحب السكافي وعامة مراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقطع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما يفسد به لثته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن وعزاه الشراح الى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب

الاجزاء ولفظ القصاص ينفي عن هذا (قوله لا متناع المماثلة في القامع) لانها اذا قورت فقد تعذر اعتبار المماثلة لانه ليس له حدم معلوم ومن الجائز أن يكون الثاني رائدا (قوله وهو ما ثور عن جماعة من الصحابة) هذه حادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل الصحابة عنها فلم يكن عندهم جواب فضر على رضي الله عنه فسأله فاجاب بهذا فقضى عثمان بهذا ولم ينكر أحد من الصحابة رضي الله عنهم فصارا اجاعا منهم (قوله ولا قصاص في عظم الا في السن) هذا اللفظ مروى عن عرو ابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن لقوله تعالى والسن بالسن يؤخذ الثنية بالثنية والنايب بالنايب والضر بالضر والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل لما في خلاف ذلك من الاختلال بالمماثلة وبين الأطباء كازم في السن أنه عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من يشكر كون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة فعلى هذا الحاجة الى الفرق بينه وبين سائر العظام متى ثبت أنه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم ففي سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد ههنا لانه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا اذا قلع السن فانه لا يقطع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما يفسد به الثانية ولكن يبرد بالمبرد الى موضع

النسخ لما ذكرنا وهو إشارة الى قوله وهو ينفي عن المماثلة وقوله (ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروى عن عرو ابن مسعود رضي الله عنهما) فان كان السن عظما فلا استثناء متصل ولا بد من فرق بينهما وبين غيرهما من العظام وهو اماكن القصاص فيها بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو الى أصلها ان قلعها ولا يقطع

(قوله بما هو بمنزلة التسبع) أقول انما قال بمنزلة التسبع لان القصاص في الأطراف ليس بتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف (قوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان النسفي في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متعاقبة بعضها

ببعض (قوله ولم يأخذ من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذها واجع الى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه واجع الى الشاج (قوله لان المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا لتعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لان اعتبار في ذلك الشين اذ ليس فيه تقويات المنفعة الى آخر ما قال ويجيء من المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فان الشين لا يتفاوت في اليد اذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استئناف بياني الاجاء كرم كردن (قوله وهو إشارة الى قوله وهو ينفي عن المماثلة) أقول بل إشارة الى المجموع كإلا ينفي (قال المصنف ولا قصاص في عظم الا في السن) أقول اختلف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من يشكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

ببعض (قوله ولم يأخذ من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذها واجع الى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه واجع الى الشاج (قوله لان المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا لتعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لان اعتبار في ذلك الشين اذ ليس فيه تقويات المنفعة الى آخر ما قال ويجيء من المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فان الشين لا يتفاوت في اليد اذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استئناف بياني الاجاء كرم كردن (قوله وهو إشارة الى قوله وهو ينفي عن المماثلة) أقول بل إشارة الى المجموع كإلا ينفي (قال المصنف ولا قصاص في عظم الا في السن) أقول اختلف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من يشكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لنعذر المماثلة فربما تغلب عليه لثاته كذا في المبسوط وان كان غير عظيم كما أشار إليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن
فلا استثناء منقطع وقد اختلف الأطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه
وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وايس فيمادون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكره هناك أنه عمد
وهنا أنه عمد وأخطأ فيحمل الاول على أن المراد به أن أمكن القصاص وذلك لأن شبه العمد اذا حصل فيمادون النفس وأمكن القصاص جعل
عمداً روى أن الربيع عمة أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار بطمعة فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص والطامة اذا
أتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (الا في الحر
يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضاً والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى وسلك في الباب طريقاً يقيسه سهلاً وهو اعتبار
الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء (١٦٩) في النفوس فكذلك في الاطراف
لكونها تابعة لها

لكونها تابعة لها

(قوله فيحمل الاول على أن
المسألة الخ) أقول فيه
بحث بل الاول يحمل على
ما اذا تعمداً ونحوه سقط

القصاص في بعض المواضع
لنعذر المماثلة وذلك
لا يخرج عن العمدة كما

اذا قتل الاب ابنه عمداً والثاني
ما يعمد وغيره فقدر
اذا الضمير في قوله انما هو

عمد أو خطأ عائداً الى ما فيها
دون النفس من الجنابة فلا
الى شبه عمد كما لا يخفى فلا

يخالف الثاني الاول اذ ليس
الموضوع فيها واحداً ويمكن
أن يقرر هذا البحث بوجه

آخر بان يقال ليس
الموضوع في الموضوعين
واحداً فانه في الاول شبه

العمد وهما ما يوجد فيما
دون النفس من الجنابة
مطلقاً ولا يحتاج حتى يحتاج

الى التلخيص وعدم جريان
القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجنابة عن العمدة

فانه لما منع كما اذا قتل الاب ابنه عمداً فليست بل (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف
ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيمادون النفس الخ) أقول قال صاحب السكافية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف
بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحر به والمستأن من والنفس العام اذا خص منه شيء يجوز

تخصيص الباقي بخبر الواحد فنقصناه بما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختمهم الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في السكافية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص موضع النزاع فالسالك

القياس

قال (وليس فيمادون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي
يختلف باختلافها دون مادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطا (ولا
قصاص بين رجل والمرأة فيمادون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافاً للشافعي في جميع ذلك
الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالنفوس لكونها تابعة لها

فان أحسد منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكر والمسئلة على خلاف ما ذكر
في الكتاب وكان من دأب السراخ التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروه أصلاً
نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس
بثابتة لا يطلع عليه أحد من السراخ كيف وقد أخذ صاحب الوفاية قد ذكره في مثله حيث قال ولا قود
في عظم الا السن فتقطع ان قلعت وتبردان كسرت وكان ما خذ من الوفاية هو الهداية كما صرح به صاحبه
وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق هنا هو انه اذا قطع سن غيره هل يقطع سنه قصاصاً أم يرد بالمبرد
الى أن ينتهي الى اللعم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجنابة بكسر بعض
السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبردة مقداراً كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجنابة بفتح سن
ذكر القود روى أنه لا يقطع سن القاطع ولكن يرد سن القاطع بالمبرد الى أن ينتهي الى اللعم ويسقط الباقي
والبعض شمس الأئمة السرخسي وذكر شيخ الاسلام في شرحه أنه يقطع سن القاطع واليه أشار محمد رحمه الله في
الجامع المغير حيث ذكر بلفظ النزاع والقطع واحداً وفي الزيارات نص على القلع الى هنا لفظ المحيط
(قوله) وايس فيمادون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكر
هناك أنه عمد وهما أنه عمد وأخطأ فيحمل الاول على أن المراد به أن أمكن القصاص انتهى أقول برده عليه أن

أصل السن (قوله ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) أي فيمادون النفس (قوله ولنا أن الاطراف
يسلك بها مسائل الاموال) لان الاطراف خلقت وقاية للانفس كالمال وعن عمران بن حصين أنه قال قطع
عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختمهم الى رسول الله عليه السلام فلم يقض بالقصاص فعلم أنه
لا قصاص في الطرف فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع
النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحر والمستأن من والنفس العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص

(٢٢ - تسكيلة الفتح والسكافية) - (تاسع)

فانه لما منع كما اذا قتل الاب ابنه عمداً فليست بل (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف
ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيمادون النفس الخ) أقول قال صاحب السكافية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف
بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحر به والمستأن من والنفس العام اذا خص منه شيء يجوز

تخصيص الباقي بخبر الواحد فنقصناه بما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختمهم الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في السكافية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص موضع النزاع فالسالك

القياس

(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فينبغي عدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أي التفاوت (معلوم قطعا بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخصمهما تدينار قطعاً وبقيننا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحرز والظن فلا تكون مساوية بل يد الحر يقيناً فاذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره (بختلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لا مكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين وأوجب بان التساوي انما يكون بالحرز والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بحسنها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البذل وأنه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل (١٧٠) بالنقص دون العكس فان السلاء تقطع بالعبيته وان لم تقطعون يد المرأة بيد الرجل

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فينبغي عدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف النفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب الفصل في الأطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارش مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بان قال يعني ليس فيما دون النفس شبهة عما هو عمد أو خطأ فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كالا يخفى ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير للمعنى الاخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبهة عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه أن ما يكون شبهة عمد في النفس وهو تعدد الضرب بالسيف لا ما أحرى بحري السلاح عند أبي حنيفة وما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لما يمنع عنه فان سقوط القصاص لما يمنع يقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الابن عمداً او كذا اورث الابن قصاصاً على أبيه فلا يقع في العمد في الأطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيما دون النفس عمداً أو خطأ لأن شبه العمد عمد أو خطأ فان شبهة هو في قوله انما هو عمد أو خطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبهة عمد أو خطأ لان يكون شبهة العمد خطأ لا في النفس ولا في الأطراف لان تعدد الضرب معتبر في مفهوم شبهة العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ فاذا كان معنياً الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيهه ما سبق بان المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققت مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فينبغي عدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق

فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنقضي به المماثلة ينبغي أن يعتبره قلنا يعتبر من جهة الاكمل لا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة النقص

الباقى بخبر الواحد لخصصناه بما روي (قوله فينبغي عدم التماثل بالتفاوت في القيمة) الاصل في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل والحمل المأخوذ بالفعل لان المماثلة في ضمان العدوان منصوص عليه فيجب اعتباره فان قيل التفاوت يمنع استيفاء الاكمل بالنقص ولا يمنع استيفاء الناقص بالاكمل فان اليد السلاء تقطع بالعبيته اذ رضى صاحب الحق بالنقص قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقص ثابتاً باعتبار الاصل كمنقصان طرف الاثني والعبد عن طرف الحر والذ كز منع شرع القصاص لانتهاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعاً فبمقتضى استيفاء الاكمل بالنقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق فان قيل يشكل بما اذا قطع عبيد عبد وقبضهما سواء مع ذلك لا يجري القصاص عندكم قلنا ان طريق معرفة القيمة بالحرز والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بطريق الظن والحرز (قوله وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع) فان

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فينبغي عدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية بان شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقص ثابتاً باعتبار الاصل كمنقصان طرف الاثني والعبد عن طرف الحر والذ كز منع شرع القصاص لانتهاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعاً فبمقتضى استيفاء الاكمل بالنقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق فان قيل يشكل بما اذا قطع عبيد عبد وقبضهما سواء مع ذلك لا يجري القصاص عندكم قلنا ان طريق معرفة القيمة بالحرز والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بطريق الظن والحرز (قوله وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع) فان

باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعاً فبمقتضى استيفاء الاكمل بالنقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ اكمل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أي القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعني كلام الاربوية اذا قوبلت بحسنها والمساواة في القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً أي باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار امر عارض أي كالشلل والعمه (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً لشلل ليس منه) أقول أي ليس من التفاوت المالي (قوله لا يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعني لقطع السلاء ألزم القاطع بذل الزادة في يد العبيته اذ اوجبنا القطع (قوله للزيادة في الأطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال

لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التي لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العروق فان الشين فيه لا يختلف وكذا امنغته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه انتهى

قال (ومن شجر رجلا فاستوعبت الشجعة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالشجوع بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يتسدى من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجعة موجبة لكونها مشينة فقط فبزيادة الشين بزادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق بالشجوع فينتقص فيخبر كافي السلاء والصحة وفي عكسه يخبر أيضا لانه يتعدى الاستيفاء كمالا للتعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجعة في طول الرأس وهي تأخذ من جهته الى ففاه ولا تبلغ الى فقا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكرك) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الآن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكرك فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشجعة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعدى اعتبارها

اليد والرجل من غير المفصل وكذا فيما اذا قطع الحرف من العبد فظهر ان المدار في وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم الشر يف مصروفي الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الاطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس ألا يرى أن السلاء تقطع بالصحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضا والشراح كافوا في طريق دفعه طرائق قد اذقت صاحب لعناية فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالى ما تعاملا مع التفاوت الشلل ليس منه فيعتبر ما نعام من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بهامسلك الاموال ومن حيث انه واجب تفاوتا في المنفعة ينبغي به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل للالزام أن يكون باذلالا لزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالا طرف انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكره من أن التفاوت المالى يجب أن يعتبر ما نعاما مع التفاوت المالى ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما نعام من جهة الاكمل ولا يعتبر ما نعام من جهة الانقص تحكم بحث لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في

ذكرنا من المعنى (قوله ومن شجر رجلا فاستوعبت الشجعة ما بين قرنيه) أي ناحيتي رأسه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج لكون رأس الشاج أكبر من رأس المشجوع فاذا شج ما بين قرني الشاج بمقدار شجته ويبقى قطعة ما بين قرنيه لا شجعة في المشجوع بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته وان شاء أخذ الارش وحتى الطحاوي عن محمد بن العباس الدارمي انه أن يستوفي ما بين قرني الشاج وان كان أوسع اعتبارا باليد فان الكبيرة تقطع بالصغيرة والجواب أن القصاص في الشجعة انما يثبت لاجل الشين الذي يتعلق بالاجل المنفعة ولهذا لو برأت وعادت كما كان سقط الضمان والشين يزاد بزيادة الشجعة والقصاص في اليد لتعويض المنفعة والصغيرة كالكبيرة فيها (قوله وفي عكسه يخبر أيضا) أي لو كان رأس المشجوع أكبر من رأس الشاج يخبر أيضا لانه لو استوفي المشجوع مثل حقه في المساحة مما بين قرني الشاج كان هذا أزيد في الشين من الاول لان تلك المساحة لم تأخذ ما بين قرني المشجوع لكبر رأسه وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فيزداد في الشين وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دون حقه في المساحة فيخبر ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دون حقه في المساحة (قوله للتعدى الى غير حقه) أي في مقدار الشين لاني قدر الشجعة والله أعلم بالصواب

ونوله (ومن شجر رجلا) قدر زناه في الفيرق بينه وبين من قطع بجرجل وبد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه يخبر أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوع أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفي المشجوع مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيخبر بين الاقتصار وأخذ الارش والباقي الى آخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجعة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعني لكونها مفقودة للمنفعة اذ ليس فيها تعويض المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فامل

الاول أيضا الاشك أنه كما يجوز لانا انسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالى أيضا بالتفاوت
 بينهما فينبغى أن لا يعتبر التفاوت المالى أيضا مانعا من جهة الانقص وأما ثانيا فلان كون الشلل ممالا لوجب
 التفاوت المالى ممنوع كيف وقمة اليسد تتفاوت بالصحة والشلل قطعان الشرع جعل أرش اليسد الصحيحة
 نصف دية النفس وجعل أرش اليسد السلاء حكومته عدل كما صرحوا به في الديات وأشار اليه صاحب الغاية
 ههنا أيضا حيث قال في أثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان أرش الأطراف مختلف فصارت كالصحيح والاشل
 وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسى كالشلل وفوات بعض
 الاصابع فهو كما قلت يعنى يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمى فانه
 يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسى فن له
 الحق اذا رضى بالاستيفاء يجعل مبرتا لبعض حقه مستوفيا لمباقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفى الاكمل بالانقص
 وان رضى به القاطع لانه يكون بالرضا باذلا لازادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى
 حكمى فلا وجه لعدم تمكن من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى وافتى أثره
 صاحب معراج الدراية توصيا العناية أقول وفيه أيضا بحث اذا الفرق بين التفاوت الحسى وبين التفاوت
 الحكمى في استيفاء الانقص بالاكمل فتحكم أيضا فانه اذا تقرروا الفرق بين الشئيين بالكمال والنقصان
 فصاحب الاكمل ان رضى بان يستوفى في الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل يصير مسقطا لبعض حقه
 مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكميا وأما صاحب الانقص
 فان رضى بان يستوفى منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص يصير باذلا لازادة حقه بالضرورة أيضا بلا
 تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكميا وبذل في الأطراف غير جائز بخلاف وأما اسقاط الحق
 بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمى لا يقيد التفاوت
 الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لان سلم أن اسقاط
 بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسى الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية تجري
 فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالنقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون
 ايقاع الكامل منها بدل الناقص بذلا لازادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن
 بصدد ههنا فان مدار ذلك على انعدم التماثل في الأطراف بتحقيق التفاوت الحكمى بينهما وقال صاحب الكفاية
 في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل
 كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكر والحرم منع شرع القصاص لانتهاء محله وان كان التساوى
 في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالنقص
 دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق انتهى و يقرب من ههنا رأى تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين
 أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت
 بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالانقص وهو الاشك كما يجوز عكسه لانهما
 متساويان بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء
 الكامل بالنقص بل لا ريب وان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء
 الناقص بالكامل اذا رضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعنوية
 في شرع القصاص فمع ابقاء عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل
 أيضا اذا رضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه
 لا يجوز عندنا أصلا قتل حق التأمل فلهذا حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تسكب
 فيه العبر

* (فصل) * لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبع ذلك في فصل على حدقه (إذا اصططح القاتل وأولياءه المقتول عن القصاص على مال سقطه القصاص ووجب المال (١٧٤) المسمى قليلا كان أو كثيرا إذا عد على مقدار الدية) لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء

* (فصل) * قال (وإذا اصططح القاتل وأولياءه القاتل على مال سقطه القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قاتل الجديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوًا فكذلك تعويضه بالاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقبيل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيغوض الى اصطلاحهما كما خلع وغيره وان لم يذكروا الاولاد ولا وجاهلوه حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في أمثاله الحلول نحو المهر والتمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعبدًا فامر الحر ومولى العبد رجلا بلان يصلح عن دمهما على أنفسهما ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان)

* (فصل) * قال في العنايت لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبع ذلك في فصل على حدقه انتهى أقول فيه كلام أما أول فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكتفي في اتباع جميع ما قبله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية يتوجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخير عنه لاذكره في فصل على حدقه فاعني قوله في نالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدقه (قوله ولانه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوًا كذلك تعويضه) أقول لقاتل أن يقول لا يلزم من حرمان الاسقاط عفوًا في شيء حرمانه تعويضًا إضافيًا ألا يرى أن للشريعة اسقاط حق شفعية بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصلح عن حق شفعية على مال كحرف في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع (قوله وإذا عفا أحد الشر من الدم أو صلح من نصيبه على عوض سقط حق الباقي من القصاص وكان لهم نصيب من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الأول أن كلمة عفا تعدي بن وقد عفا في الكتاب بن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صلح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صلح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صلح من نصيبه توهم تجزى القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير متجزئ فيثبت كماله لكل واحد من أولياء القاتل فالأظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال وإذا عفا أحد الشر كاء عن الدم أو صلح عن حقه على عوض سقط حق الباقي من القصاص وكان لهم نصيب من الدية والتعبير بالنصيب انما أصاب المحرف في قوله وكان لهم نصيب من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الاوثة وأما حق التعبير في شأن القصاص فان يذكروا الحق بدل لفظ النصيب كما بيناه عليه وعن هذا قال المصنف عند

* (فصل) * (قوله نزلت الآية في الصلح) تقدر الآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك وبجاهد رضي الله عنهم فمن أعطى له على سهولة وأريد به ولي القاتل يقال خذ ما نالك عفوًا أي سهلًا من أخيه أي من جهة أخيه المقتول شيء أي شيء من المال بطريق الصلح ويكره لانه مجهول القدر فانه مقدر بما تراضى عليه فاتباع بالمعروف أي فله اتباع أي فلولي القاتل اتباع المصالح بالمعروف أي بمطالبة بمسألة الصلح على مجاملة وحسن معاملة وأداء اليه باحسان أي وعلى المصالح أداء الى ولي القاتل باحسان في الاداء وقال جماعة وهو مروى عن عمرو بن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم الآية في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي له وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقاتل أولياء فبعضهم فقد صار نصيب الباقي من المالا وهو الدية على حصصهم من

الآية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك وبجاهد وهو موافق لادم فان عفا إذا استعمل باللام كان معناه البذل أي من أعطى من جهة أخيه المقتول شيئًا من المال بطريق الصلح فاتباع أي من أعطى وهو ولي القاتل بمطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض ونقير به من عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقاتل أولياء فبعضهم فقد صار نصيب الباقي من المالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروى عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف أي فليتبع غير العافي بطالب حصته بقدر حقه وليد القاتل اليه حقه وانما من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قاتل فاهله بين خيرتين ان شاءوا فادوا وان شاءوا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الأخذ بالرضاء على ما بيناه)

لان

مابيناه) يعني أنه ليس لولي العدول الى المال الارضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الهمزة وقوله (كالخلع وغيره) يعني كالأعتاق على مال

* (فصل) * وإذا اصططح القاتل (قوله فانه يراد به البعض) أقول توهم تجزى القصاص

وقوله (خلافاً لمالك والشافعي رجهما الله في الزوجين) قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية
جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والابيضاح والاسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وأن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص
ولهن حق العفو ثم قال وهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في (١٧٥) القصاص والدية عند مالك والشافعي

مخالف لرواية المبسوط
والابيضاح والاسرار وهو
مواخذة ضعيفة لأنه لا يلزم
من المخالفة لها عدم صحة
ما نقله والمشهور من
مذهبهما ما نقله وقوله (لهما
أن الوراثة خلافة) يستلزم
عدم توريث أحد الزوجين
من الآخر شيئاً وهو باطل
ولكن يحمل على أن معناه
الوراثة فيما يجب بعد الموت
خلافة وهي فيه بالنسب
لا السبب لانقطاعه بالموت
والقصاص والدية إنما
يجبان بعد الموت وقتلنا
فأسد بالقتل والمقتل أما
الأول لخديث امرأة أشيم
الضبابي بكسر الضاد المعجمة
كذلك في الكتاب وأما
الثاني فلأنهم ما ورثان
كسائر الأموال بالاتفاق
فيجب أن يكونا في حق
الزوجين كذلك لأن
وجودهما أولاً للميت ثم
يثبت للورثة

قوله وأن الشافعي يقول
النساء لا تستوفى القصاص
الخ أقول هذا وجه
لشافعي وما ذكره المصنف
في القصاص وجه آخر
ذكر ذلك في كتبهم
والصحيح مقابلهما (قوله

والمشهور من مذهبهما ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا صريح في
كتبهم (قوله وقوله لهما أن الوراثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا للمولى المعتق وهو بمنزلة ما أن يقول
القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنسب على خلاف القياس فيما لم يكن المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الوراثة فيما يجب
بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع إلى الوراثة وتوضيحه راجع إلى ما في قوله فيما يجب

لأن عقد الصلح أضيف إليهما (وإذا عا أحداً من الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقي
عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك
والشافعي في الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

تقرر لدينا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لأنه
لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين)
قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل
عن المبسوط والابيضاح والاسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص
ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار أن الشافعي يقول لا حظ للنساء في استيفاء القصاص
ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك
والشافعي مخالف لرواية المبسوط والابيضاح والاسرار أقول فيه نظر لأن ما ذكر في الكتاب إنما يكون مخالفاً

الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبسع الذين لم يعرفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من
غير زيادة وأداء البه باحسان أي وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وأما غير ناقص وأريد بالمصدق في قوله
فاتباع وأداء البه بالمره هذا الفعل كما في قوله تعالى فتحرير رقبة وقوله من قتل له قتيل الحديث تمام فاهله بين
خبرتين شأواً اتادوا وإن شأواً أخذوا الدية كذا في الاسرار والمراد والله أعلم الأخذ بضمان القاتل لما بيننا
ليس لولي القاتل العدول عن القصاص إلا بضمان القاتل (قوله لأن عقد الصلح أضيف إليهما) لأن الواجب بدل
عن القصاص والقصاص عليهما على السواء فيقسم البدل عليهما على السواء كرجلين اشتريا بعدا كان
الثمن عليهما على السواء لأن الثمن بدل العبد وقد ملكاه على السواء فبدله كذلك فإن قيل يجب أن يكون
الألف عليهما على قدر قيمتهما لأنه بالصلح اشترى كل واحد منهما مادمه المقتول لولي القاتل بمن خالع امرأته
على ألف درهم تقسم الألف عليهما على قدر قيمة بعضهما قلنا الألف بدل دم المقتول وهم في أثلافه على السواء
وفي الخلع بدل بعضهما فيقسم على قيمة بعضهما (قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية
خلافاً لمالك والشافعي رجهما الله) هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً
عندهما وفي المبسوط واسكل وارث في دم العمد نصيب ميراثه عندنا وقال مالك رحمه الله لا يرث الزوج الزوجة
من الدية شيئاً وكذا في إمامة الكتب التخصيص بالدية ثم قال في المبسوط وكذلك ثبت حق الزوج والزوجتي
القصاص عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص والتخصيص بقول ابن أبي ليلى في الخلاف
يؤذن بأن خلاف مالك في القصاص وفي بعض الفوائد التخصيص على خلاف مالك في الدية لا ينافي خلافه
في القصاص بل ينبغي أن يكون له فيه خلاف بالطريق الأولى لأن الدية مال والمال مما لا خلاف فيه أن الزوج
والزوجة يرثان فلما لم ير مالك فيه الإرث فلان لا يرى في القصاص لهما بطريق الأولى وفي الاسرار القصاص
يستوفيه الرجال والنساء وقال الشافعي رحمه الله لا حظ للنساء في استيفاء ولهن حق العفو لأن المرأة ليست
من أهل القتل لضعفهن ولهذا لا تقتل الكافرة الأصلية ولا تضرب عليهن الجزية لواجبته مكان القتل فصارت
في حق استيفاء القصاص كالصغير وإن كانت كبيرة ولكنها تأكل العفول لأنها كبيرة كما قلت إن المرأة لا تأكل
نكاح نفسها وتلك الرد إذا نكحت بغير إذنهما (قوله وله ما أن الوراثة خلافة) وهي بالنسب دون السبب

ولأنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ولأنه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة لرواية ثلاث الكتب لو كان معناه أنه لاحق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعاقبا بقوله وكذا الدية وحده لا يجمع قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخفى أن نوع ارشاد الدية فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظ كذا الذل كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضا فقال وأصل هذا ان القصاص والدية حق لجميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لأن وجوبه بعد الموت والزوجة تنقطع به انتهى - حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ولو افترق بمر صاحب الكافي ههنا حيث قال والأصل أن القصاص حق للورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لعدم صحة نقله والمشهور من مذهبهم ما نقله انتهى أقول بل ماذا كره نفسه ضعيف لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والاسرافان صاحبهما من أساطين الأئمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهم ما ذكر في تلك الكتب فالوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما بينهما عليه آتفا (قوله ولأنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم) أقول فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فإنه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الآخر استطرادا كما ترى (قوله ولأنه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن هذا التعليل وان كان يتمشى في القصاص أيضا لا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ويصح دفعه سيجي في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الورثة عندهما كدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلاف دون الورثة فلا يصح أن يقال من قبله أنه حق يجري فيه الارث مع أن المدعى ههنا هو قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا فاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالخلاف فيه وقول المصنف في تتمه حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعاً لأنه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هناك ثبت عندهم جميعا لا يورث الغير المقتول قبل موته وارث من المقتول عندهما وخلافه عنده لا وراثته عند أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت لانقطاعه بالموت ولا يقال هذا التعليل يقتضي أن لا يرث الزوجان أحدهما عن الآخر انما لا يقال أيضا لانقطاع السبب بالموت قلنا وقع عندهما ان الدية انما تجب بعد الموت بخلاف سائر الاموال فان حق الورثة يتعلق بماله في ابتداء مرض الموت حتى نفذ تصرفه في ثلث المال في الثلثين وبالموت يتقرر ما يتعلق بموته فتستوى في ارثه جميع الورثة وأما الدية فتوجبها بعد الموت لا غير وحال وجوبه لم يبق السبب وهو الزوجية فلذلك لا يرث الزوجان كل واحد منهما من الآخر عندهما وانما نقول الدية تجب للميت أولاً ثم تثبت للورثة ولا تقع للميت الابان يستند الى سببه وهو الجرح كمن رمى الى مسيد فمات ثم أصاب السهم الصبيد فإنه يرث منه كسائر أمواله له - هذا المعنى ولو أوصى بثلث ماله يدخل فيه الدية أيضا وروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقسم الدية على من أحرز الميراث (قوله الضبابي) بكسر الصاد المجهمة

ولا يقع للميت الابان يستند
الوجوب الى سببه وهو
الجرح فكانا كسائر
الاموال في ثبوتها قبل
الموت ألا ترى أنه اذا وصى
بثلث ماله دخلت ديته فيها
وتفصى منه دينه وكان على
رضي الله عنه يقسم الدية
على من أحرز الميراث وكفى
به قدوة واذا ثبت ذلك فكل
منهم يتمكن من الاستيفاء

واغفر والباقي واضح وقوله (لان الواجب نصف الدية) يعني بالعموم فيكون في السنة الاولى والثاني والثالثة السدس كما اذا قطع يدا انسان خطأ وقتلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكلهم مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح قال (واذا قتل جماعة (١٧٧) واحد الخ) اذا تعدد القاتل اقتصر

من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقتلهم جميعهم رضي الله عنه بالقياس عليهم وقال لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم والتمائم التعارون وصنماء الذين قصبها وروى عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فغل محل الاجماع

(قال المصنف لانه لا يجزأ) أقول فيه بحثان قضية عدم التجزئ أن يسقط في حق العاقب كلاكه لثبوته له كلاً ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقيين الآن يقال لما كان الحق واحداً أدركت سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقيين لثبوته من وجه دون وجه فليست أملاً ويمكن توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شيء جوابه سهل قال المصنف (واذا قتل جماعة واحداً اقتصر من جماعتهم لقول

الزوجهية تبقى بعد الموت - كما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستنداً الى سببه وهو الجرح وإذا ثبت للجميع فكل منهم يمكن من الاستبراء والاستقاط عفواً وحالاً ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه لانه لا يجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعقاً أحد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهما واحد لاختلافهما وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين مالا لانه امتنع بمعنى واجب الى القاتل وليس للعاقب شيء من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعقاً أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قضاها خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكلهم مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في البدل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمداً قال (واذا قتل جماعة واحداً اقتصر من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم ولان

عنده بعد موته لو رثته ابتداءً لنشفي الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابها والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقریب على أصله فليست أملاً ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليق وأما الثاني فلا يتم ما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة وتولا يقع لحيات الابن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكأنما كسائر الاموال في ثبوتها قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمته في الطنبور حيث زاد فساداً على فساد لانه مع اثباته في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليق على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة مخرج ما يعين القصاص والدية وموروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحداً اقتصر من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه عليه أهل صنعاء لقتلهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقضان من الشخص بحق المعتدي عليهم ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداية العقل فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقتلهم جميعهم رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلي ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان

(قوله امتنع) يعني راجع الى القاتل وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجب المال كافي الخطأ فان العجز عن القصاص ثم لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئاً وروى ان هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رضي الله عنه فشاو فيها ابن مسعود رضي الله عنه فقال أرى هذا قد أجاب بعض نفسه فليس للآخر أن يتلغه فامضى عمر رضي الله عنه القضاء على وفق رأيه (قوله وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين) الثالث في سنة والسدس في سنة (قوله ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكلهم مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه) هذا كالالف اذا كانت مؤجلة الى ثلاث سنين كان كل درهم منها مؤجلاً الى ثلاث سنين (قوله لو تملاً عليه أهل صنعاء) أي تعاون

(٢٣ - (تكملة الفقه والكفاية) - تاسع) عمر لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاحكام على الاجزاء تأمل ثم في قوله لقول عمر رضي الله عنه لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقرينة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص

ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالباً بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد
 فوجب من جهة فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعله أن لا قصاص فيؤدى
 الى سد باب القصاص والقتال أن (١٧٨) يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياساً على مجموع عليه لا يكون معتبراً في الشرع وان

القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جهة السغفاء فيجب تحقيقاً لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد
 جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل جماعة غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق
 الباقيين)

عروضي الله عنه ان كان منفرداً في قضاائه وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان
 للمعارضه لكاتب الله تعالى فضلاء الرعنان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين
 ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذا قد تقرر في علم أصول الفقه
 أن الاجماع لا يكون ناسخاً لكاتب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخاً لشيء منه ما فالحق في أسلوب تحرير
 هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن
 يبين عدم المناقاة بين دلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجي من هذا الكلام في التوفيق بينهما
 بعيد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جهة السغفاء فيجب تحقيقاً لحكمة
 الاحياء) قال صاحب العناية لقاتل أن يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياساً على مجموع عليه لا يكون
 معتبراً في الشرع وان كان فلا يبرو على القياس المقتضى لعدم المؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس
 والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما وجب الفساد من أفعال العباد و يبرو على
 بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمه الاحياء وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق
 الروح الغير المتجزئ كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة
 كشخص واحد مجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد
 بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جداً عن مساعدة
 العقل والنقل وأيضاً في هذا ما سأتى في تعليل المسئلة الآتية من أن الاصل عندنا أننا أن كل واحد منهم
 قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلان متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة
 المعتبرة في القصاص والحق عندي هنا أن يقال ان قوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه
 المسئلة اذ لا دلالة قيم على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى
 والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتضى النفس بغير النفس كما في قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف
 ونحوهما وأما أنه هل تتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما
 يستغاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتضى بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى
 والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر اطلاقه بل انما يستغاد ذلك من دليل آخر فكذلك هنا تبصر (قوله

أصله من الملاء والملاءة في الاصل المعاونة في الاستقاء من البئر بالدلو ثم عم فصار مستعملاً في مطلق المعاونة
 روى ان سبعة قتلوا واحداً بصنعاء فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو دعا عليه أهل صنعاء لقتلهم فان قيل ما
 روى عن عمر رضي الله عنه بخلاف أن يكون بطريق السياسة فكيف يصح استدلالكم به على وجوب
 القصاص قلنا القصاص واجب بالنص في القتل العمد وقد وجد من كل واحد منهم قتل إذا المسئلة فيم اذا
 جرح كل واحد منهم جرحاً شديداً بخلاف قطاع الطريق لان هنالك القتل بالمعاونة فاما هنا يشترط الجرح
 من كل واحد منهم فاذا كان القصاص ثابتاً بالنص فلا يمكن حل الأمر على السياسة فيكون معناه قياساً بالمسئلة
 بالمماثلة وإزالة الشبهة

كان فلا يبرو على القياس
 المقتضى لعدم المؤيد بقوله
 تعالى أن النفس بالنفس
 والجواب أنه قياس على سائر
 أبواب العقوبات المترتبة
 على ما وجب الفساد من
 أفعال العباد و يبرو على
 ذلك بقوة أثره الباطن وهو
 احياء حكمه لاحياء وقوله
 تعالى أن النفس بالنفس
 لا ينافيه لانهم في ازهاق
 الروح الغير المتجزئ
 كشخص واحد اذا كانت
 المسئلة بالعكس وحضر
 أولياء المقتولين و قتل
 بجماعتهم كما ذكر في الكتاب

قال المصنف (ولان
 القتل بطريق التغالب
 غالب والقصاص من جهة
 السغفاء فيجب تحقيقاً
 لحكمة الاحياء) أقول
 تقرر بالدليل القتل بطريق
 التغالب فساداً لبسوك
 فساد غالب يحتاج الى
 من جهة السغفاء والقتل
 بطريق التغالب يحتاج
 الى من جهة من جهة القتل
 العمد هو القصاص (قوله
 لا يكون معتبراً في الشرع)
 أقول لان العقوبات لا تثبت
 الا بمثل هذه الآية (قوله
 وان كان فلا يبرو على
 القياس المقتضى لعدمه)

أقول وهو انتفاء المماثلة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح
 الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كلاً كان المقتول كأنه أشخاص متعددة
 ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ألا يرى الى قوله ولان أن كل واحد قاتل بوصف الكمال (الخ)

(وقال الشافعي رحمه الله)

يقتل بالاول منهم ويجب
المال للباقيين (يعنى أن
قتلهم على التعاقب وان
قتلهم جملة أو جهل الاول
قتلهم وقسم الديار بينهم
أو يقرع وقوله (وهو
القياس في الفصل الاول)
وهو ما اذا قتل جماعة واحدا
(الا أنه عرف بالشرع)
يريد قضية عمر رضى الله
عنه (ولنا أن كل واحد
منهم) أى من أولياء القتلى
قاتل قصاصا بوصف السكك
لانه لا يجزأ أصله الفصل
الاول) فان الجماعة تقتل
بالواحد اتفاقا ولولم يكن
بينهما مماثلة لما جاز ذلك
واذا كانت الجماعة مثلا
للوحد كان المكس كذلك
لان المماثلة بين الشيشين
انما تكون من الجانبين
قوله (ولانه وجد من كل
واحد منهم جرح الخ) يعنى
أن القتل جرح صالح لازهاق
الروح وقد وجد من كل
واحد منهم بحيث اتلوا
انفرد عن الباقيين كان قاتلا
بصفة السكك والحكم اذا
حصل عقيب على لا بد من
الاضافة اليها فاما أن يضاف
اليها تزعيما أو كلاً والاول
باطل لعدم التجزئ فتعين
الثاني ولهذا اذا حلف جماعة
كل منهم أن لا يقتل فلانا
فاجتمعوا على قتله جثوا
قال المصنف (ولانه وجد
من كل واحد جرح صالح
لازهاق) أقول هذا الوجه
تصلي وشرح الوجه الاول
كل لا يجزئ

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديار
بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته أن الموجود من الواحد قتل والذى تحقق في حقه قتل
واحد فلا تمائل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف
السكك فجاء التماس في الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم
جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يجزأ

ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف السكك فجاء التماس في الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب
القصاص) أقول فيه اشكال أما أولافلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف السكك أمر متعذر لاستلزامه
توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقر في موضعه وأما انما فلان سراح
الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بان جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان
المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعاً بل بدية لكننا تركنا القياس باجتماع المماثلة
على قتل جماعة واحد فالقول ههنا بتحقيق التماس في الفصل الاول أيضاً في ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون
جواب المسئلة هنالك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف
السكك حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف السكك في اعتبار الشرع بتحقيق المماثلة المعبرة في
القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العللين المستقلين بالاجتماع على معلول
واحد بالشخص متمتع على واعتبار الشرع ما هو متمتع الوقوع واقعا مما لا وقوعه في شيء ولو فرضنا وقوعه
لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدى على
تقدير الزيادة ولئلا يلزم الجحس لحق المعتدى عليه على تقدير النقض ولا شك أن الظلم والجحس انما
يندفعان بتحقيق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مما لا فلا يخلو الامر عن الظلم أو الجحس
حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح
لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يجزأ) أقول لقائل أن يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله
في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف السكك فلا وجه لجعله دليلاً مستقلاً معطوفاً على الدليل الاول
بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل يعنى أن القتل جرح صالح

(قوله ولنا أن كل واحد منهم) أى من أولياء القتل قاتل أى قصاصا بوصف السكك (قوله أصله ثبوت التماس
الفصل الاول) وهو ما اذا قتل جماعة واحدا فالجماعة يقتلون بالواحد بالاجماع يعنى ان الجماعة اذا قتلوا واحدا
اعتبر كل واحد منهم قاتلا على السكك ولولا هذا لما وجب القصاص فكذلك اذا وقع القتل جزاء جعل كل واحد
منهم مستوفيا حقه على السكك فان قيل الفرق بينهما ثابت بانما أوجبنا القصاص على الجماعة بقتل الواحد
لرد غلبة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة وهذا لا يوجد فيما نحن فيه قلنا كذلك بل المماثلة مرعية في
القصاص ثم الزيادة في العدد أبلغ من الزيادة في الوصف فاذا كان لا يقتل المسلم بالمسلم وعلى قوله بالذي
والحر بالعبد لا تعاد المماثلة مع الحاجة الى رد غلبة القتل بغير حق فلان لا تقتل العشرة بالواحد أولى وكذلك
في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يجب القصاص والحاجة الى رد غلبة الجناية هنا بغير
حق تحقيق وليكن توهم الزيادة بمنع القصاص فحق الزيادة لان يمنع من ذلك كان أولى ففرغنا انما يقتل
العشرة بالواحد بطريق المماثلة وبيان ذلك ان القتل مما لا يجزئ التجزئ واذا اشترك الجماعة فيما لا يجزئ
التجزئ فاما ان يندفع أم لا أو يتسكامل في حق كل واحد منهما كأنه ليس معه غيره ولم يندفع ههنا بالاتفاق
ففرغنا انما يتسكامل كل واحد منهم قاتلا بمنزلة الاولياء في التزويج يتسكامل الولايته لكل واحد منهم وفي هذا
المعنى القتل الذي هو عدد وان القتل الذي هو جزاء سواء فان الاولياء اذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم
قاتلا بكلمة (قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح) أى من كل واحد من الاولياء وذلك لانهم لما حضروا

ولان القصاص شرع مع المنانى لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لغوات محصل الاستبغاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأق فيه خلاف الشافعى اذا الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعى تقطع يدها والمغروض اذا أخذ أسكينا أو امرأة على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمهما أو يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض البدلان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل مجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الزهراق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليدين المنصل في حيز النذرة لا فتقاره الى مقدمان بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما

لا زهراق الروح وقد وجد من كل واحد منهما بحيث لو انفرعن الباقي كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب على لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعاً وكلا الاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثانى وهذا الوصف جماعة بكل واحد منهما أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حشواً وانتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعاً بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهما كلاً بل يجوز أن يضاف كلاً الى مجموع تلك العلل من حيث هو مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فينتسب لايتم المطلوب كلاً لا يفتى ويمكن توجيهه مسألة الخلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهراق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلاً مضافاً الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء حنفى كل واحد منهم في مسألة الخلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يشيان فيما اذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جله وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقيين كما ذكر أيضاً في الكتاب فلا تمسك لشيء منهما اذا لا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضر من الذين لم يباشروا القتل أصلاً انه قاتل فضاء لا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح لازهراق فينبغى أن يجب للباقيين المثل في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع مع المنانى لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه

وقضى القاضي اما أن يستوفوا بانفسهم جميعاً أو يوكل بعضهم بعضاً في حقه أو يوكلوا غيرهم فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل فيكون الجرح الصالح لازهراق موجوداً من كل واحد (قوله شرع مع المنانى) وهو قوله عليه السلام الاذى بنيان الرب (قوله والمغروض اذا أخذ أسكينا أو امرأة على يده حتى انقطعت يده) أى صورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعى رجه الله فيما اذا أخذ أسكينا واحداً ووضعها في جانب واحد من يده وأمرأه على مفضل يده حتى أبانابه أماً ولو وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من جانب آخر وأمرأه حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عنده أيضاً وهذا بخلاف النفس فانه اذا وضع أحدهما السكين على حلقه والاخر على فقه وأمرأه حتى التقى السكينان يجب القصاص عليهما لان القتل ازهراق للحياء وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ فيضاف الى كل واحد منهما كلاً (قوله ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض البدل) لان القطع هو الفصل بين المتصلين ونحن نشيق ان الفصل هنا بقوة كل واحد منهما وانما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بأمر اكل واحد منهما السكين على جميع العضو لان أمر السكين من غير قطع به وجوده كعدمه فيكون كل واحد منهما قاطعاً بعض البدل فلا تقطع جميع يده بقطعه بعض البدل لا شراط التماثل والقياس في النفس هكذا وانما تركناه بالانزاع والاجماع وهذا ليس في معناها حتى يلحق بها ان الفعل في النفس لا يوصف بالتجزئ لانه تصرف في الروح ولا يتصور ازهراق بعضه دون البعض فاضيف الى كل واحد

(ولان القصاص شرع مع المنانى) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاذى بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتله أى بقتل القاتل (فاكتفى به) ولائى لهم غير ذلك وقوله (ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدد في النفس عندنا فاذا قطع ما يدا فلا قصاص أصلاً وقال الشافعى رجه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من آخر وأمرأه حتى التقى السكينان فالحكم كذلك لان كلامهما لم يقطع البعض البدل فلا يقطع به كل يده وان أخذ أسكينا وأمرأه على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتباراً بالنفس اما لكونها تابعة لها واما أن يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كلامهما قاطع بعض اليد

سواء كان المحل متحدا أو منقسمًا فلاننا لم أن ما نقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده فصا صالاته
المماثلة وهذا لان المحل متجزئان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن أن (١٨١) يجعل كل واحد فاعلا كلاً بخلاف

النفس فان الزهق لا يتجزأ
وقدر والباقي ظاهر وقوله
(وان قطع واحد يعني
رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع
بعض أحدهما ويسار الآخر
قطعت يده لا يقال تنق
المماثلة حينئذ لانه ما فوت
على كل واحد منهما جنس
المنفعة وهما قوتاه عليه لان
المعتبر في حق كل واحد
ما استوفاه وليس في ذلك
تقويت جنس المنفعة ولا
زيادة على حقه قوله
(والقصاص ملك الفعل
ثبت مع المنافي) يعني لان
من عليه القصاص حر
جواب عن قوله لان اليد
استحقها الاول وتفسيره
أن القصاص ملك الفعل
ثبت ضرورة الاستيفاء
فلا يتعدى الى شغل المحل
الحالي بتجزئته عنه واذالم
يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن
ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لان الحق في المحل لكونه
مملوكاً وقوله (ولتردد حق
الآخر) يعني أن حق
الحاضر ثابت في اليد
ومراجعة الآخر له في
الاستيفاء موهوبة عسى
أن يغفر أولاً بحضور فلا
يؤخر المعلوم للموهوم
كأحد الشفعين اذا ادعى
الشفعة والآخر غائب
يقضى بالجميع له كذلك
وقوله (لانه أوفى به حقا

قطعاها (وان قطع واحد يعني رجلين فضرر فلهما أن يقطعاه يده ويأخذ منه نصف اليد يسميه نصفين
سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد
استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها الثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحد لا تنفي
بالحقين فترجى بالقرع وتولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة
والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فخلوعه فلا يمنع ثبوت الثاني
بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينه ما على التعاقب فستحق رقبته لهما وان
حضر واحد منهما فقطع يده فلا تخول عليه نصف اليد لان الحاضر أن يستوفي ثبوت حقه وتردد حق
الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيعين حق الآخرة في اليد لانه أوفى به حقا مستحقا قال (واذا أقر
العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال

كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمه القصاص ويجوز حصول حكمه لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه
أيا من جملتها المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستامن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولد له
ولا بعبد ولا بغيره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب
القصاص في تلك الصور لا تنفاه بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا قال الشافعي فيما نحن فيه أن
الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف
يتم أن يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل

كلا ضرورية عدم التجزى أما الفعل في الطرف فيوصف بالتجزى ألا ترى انه يتحقق أن يقطع بعض اليد
ويترك الباقي فيجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض (قوله وان قطع واحد يعني رجلين) انما قيد ببنين رجلين لانه لو
قطع عين رجل ويسار آخر يقطع يده لهما وكذلك اذا قطعهما من واحد (قوله كالرهن بعد الرهن) رهن شيئا
من انسان وسلمه اليه ثم رهنه من آخر لم يصح الثاني (قوله ولاننا استويا في سبب الاستحقاق) وهو القطع
المحسوس وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني فلا يمنع ثبوت حكمه ألا ترى ان ملك
المولى في عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه اذا تقرر سببه والحق دون الملك (قوله والقصاص ملك الفعل) يعني
ان القصاص عبارة عن اطلاق الفعل والاطلاق في الفعل لا يقتضي حقا في المحل كقوله الاصطيداء والاحتشاش
فان الفعل مملوك والمحل خلوعه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لانه لثبوت يد الاستيفاء حكما فاذا ثبت
للاول استحالة ثبوته للثاني كافي الاستيفاء الحقيقي (قوله لثبوت حقه وتردد حق الغائب) يعني ان حقه ثابت
في اليد ومراجعة الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى ان يغفر وعسى أن لا يحضر فلا يراد الاستيفاء المعلوم بمكان
الموهوم كأحد الشفعين اذا ادعى الشفعة والآخرة غائب يقضى بالجميع له لهذا المعنى (قوله لانه أوفى به حقا
مستحقا) يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالارش بخلاف النفس فان هذا لو
استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى له بشي لان حقه في الاستيفاء غابت بغيته فانما اذا اجتمعا
واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا على السكال فلا يجب معه اليد وليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما
فانما تعدى على الثاني الاستيفاء بقضائه بطرفه حقا مستحقا عليه توضيحه ان النفس وان قضى بها حقا
مستحقا لا يمكن جعلها سائلة به بعد موته فلا يمكن نصيبه عليه بعد ما فات وفي الطرف يمكن ان يجعل كالسالم له وان
يقوم عليه ذلك حين قضى حقا مستحقا عليه لانه كالحاس اطرفه حكما فلها يقضى للثاني بالارش (قوله
واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) قيد بالعمد لانه لو أقر العبد بقتل الخطأ لا يجوز سواء كان ما ذونا أو
محرورا وفي باب اقرار المحرور والمملوك من اقرار الميسر ولا يجوز اقرار العبد التابع للاجنبي بجنابة ليس فيها

مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالارش وقوله (واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وانما قيد
بالعمد لانه لو أقر بالخطأ لا يجوز سواء كان ما ذونا أو محرورا أما المحرور فظاهر وأما المأذون فلانه ليس من التجارة

وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) توضيح لبقائه على الحر يتوكل ما لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار لوقوعه بالايقاع واذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله (والفعل يتعد بتعدد الاثر) قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلان وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه (١٨٢) نظرا لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسم مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما

ولنا انه غير متهم فيه لانه مضربه فيقبل ولان العبد مبق على أصل الحرية في حق الدم عملا بالأكمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنقض السهم منه الى آخره) فاعلم ان القصاص الاول والدية لاثني على عاقلة) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كأنه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعد بتعدد الاثر

حيث ترك ذكره مع كون عاقلة أن يقتنى أثر صاحب الهداية (قوله لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطافي القصد أقول هذا خطا ظاهر اذ قد مر في الكتاب أن الخطا على نوعين خطافي القصد وهو أن رمى شخصاً بطنه صيداً فاذا هو آدمي أو بطنه حربياً فاذا هو مسلم وخطافي الفعل وهو أن رمى غرضاً فيصيب آدمياً ولا شك أن ما نحن فيه من قبل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كله رمى الى صيد فاصاب آدمياً (قوله والفعل يتعد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيواناً ومزق جلده سمي جرحاً وان قتله سمي قتلان وان أصاب الكوز وكسره سمي كسراً فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظرا لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسم مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في أن يتعد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن ما ذكره ذلك الغافل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة أو وصف متضادة اليه باسم مختلفة لأن تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامي المختلفة ألا يرى أن الرمي من حيث انه أصاب الكوز لا يسمى جرحاً ولا قتلان بل يسمى كسراً وكذا من حيث انه أصاب حيواناً ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسراً بل يسمى جرحاً وقتلاً واذا تقرر أن اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي أيضاً فكان مناسباً لما نحن فيه مفيد له ثم قوله وانما الكلام في أن يتعد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين ان أراد به أن الكلام في أن يتعد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم إمكان ذلك وان أراد به أن الكلام في أن يتعد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل فاعلم بتعدد الاسامي تعدداً ناشئاً من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك الغافل كما عرفت

قصص لان هذا ليس من التجارة والاذن فك التجارة في التجارة فغيره ليس بتجارة المأذون والمجور وسواء لانه يضر على مولاه فان جنائية العبد لا توجب عليه شيابل وجب على مولاه ابدن أو الغداء واقرار العبد على مولاه باطل واذا أقر بقتل عمداً اقراره وعليه القصاص لانه يضر به على نفسه فان المستحق بالقصاص دمه وهو في حكم الدم مبق على أصل الحرية ولان المولى لا يملك الاقرار وفيما لا يملك المولى على عبده فالعبد بمنزلة الحر كطلاق زوجته يصح اقراره به كما يصح ايقاعه وكذلك اذا أقر على نفسه بسبب موجب للبعد (قوله والفعل يتعد بتعدد الاثر) لان الرمي الواحد جاز أن يتعد بتعدد آثاره فان الانسان اذا أرسل سهماً يسمى رمياً واذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمى جرحاً واذا أصاب ومات يسمى قتلان واذا أصاب كوزاً وفرق تركبه يسمى كسراً واذا نفذ السهم الى غير المرمى اليه صار بمنزلة فعل آخر وهو فيه مخطئ فيجب الدية

الكلام في أن يتعد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى أن يقال معناه أن الفعل بوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى أمرين كالحر كتمثاله يجرى أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذلك هذا الفعل بوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولغافل أن يقول ليطا يستلزم اباحة لكونه سبباً للتفارة وهو لا يكون الا مراد اثنان بالخطا والاباحية لا يوجد والجواب أن الخطا هو تحقق الجنائية في انسان يخالف لظن الجاني كن رمى الى شيء يظنه صيداً فاذا هو انسان أول قصده مطلقا كن رمى الى هدف فاصاب انساناً وكذلك نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالمري لا الى معين وذلك مباح للاحتمال وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمداً لانه ليس

بمخالف لامة قصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلان بالسرعة بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبته فغيره فخرها ورمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطا لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلان غيره فكان مخالفاً لغا من كل وجه

(قوله كالحر كتمثاله يجرى أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض الذاتية ولا كذلك العمدا والخطا (قوله وهو لا يكون الأمر اثنان الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سبباً قوله أول قصده مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى المخالف لهما) أقول قوله أو لقصده معطوف على قوله الجاني وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد في قوله الظن الجاني وفي قوله أو لقصده مطلقا

(نصل)

* (فصل) * ذكر حكم
الفعلين عقيب فعل واحد
في فصل على حدة ورعاية
للمتناسب (ومن قطع يد رجل
خطا ثم قتله عمدا) القطع
والقتل إذا حصل في شخص
واحد كانا على وجه أن
يكونا خطيئتين أو عديتين أو
يكون القتل خطا والقطع
عمدا أو بالعكس فذلك
بالقسمة العقلية أربعة ثم إن
كل واحد منهما مالا مان
يكون قبل البرء أو بعده
فذلك ثمانية أوجه وكل ذلك
إما أن يتحقق من شخص
واحد أو شخصين فذلك ستة
عشر وجها فإن كان من
شخصين بفعل بكل واحد
منه ما موجب فعليه من
لقصاص وأخذ الارش مطلقا
لأن التداخل إنما يكون
عند اتحاد المحل لا غير وإن
كانا من شخص واحد فإيجاب
موجب الفعلين أو واحد أو
أحدهما مبنى على أصل ذكره
المصنف رحمه الله بقوله
(والأصل فيه أن الجمع)

* (فصل) * ومن قطع (قوله
ثم إن كل واحد منهما) أقول
أى من الفعلين (قوله لان
التداخل انما يكون الخ)
أقول فيه بحث لكن جوابه
ظاهر فان المراد بالحل هو
مصطلح المتكلمين وهو القاتل
هنا فانه الذى يقوم به القتل

(فصل) * قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطا فبرأ يده ثم قتله عدا فبرأت ثم قتله عدا فانه يؤخذ بالاسمين جميعا) والاصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما لم يكن تنهما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الآن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول

آنفا ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطيئة تلزم إباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون إلا أمرا
ذاتيا بين الخطار والإباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في إنسان يخالف لظن الجاني كمن
رمى إلى شيء يظنه صيدا فإذا هو إنسان أو لصدمة مطاوعا كمن رمى إلى هدف فأصاب إنسانا وكالذي نحن فيه والرمي
بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي إلى معين وذلك مباح لا محالة انتهى أقول في تحرير جوابه نوع خلل فان
تمثيل قوله أول قصده مطلقا بقوله كمن رمى إلى هدف فأصاب إنسانا وكالذي نحن فيه يشعر بأن تكون الإصابة
لإنسان عند الرمي إلى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا إذ كل منهما من قبيل
الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

* (فصل في حكم الفعلين) * لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لأن الاثنين بعد
 الواحد كذا في الشروح (قوله ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ منه الخ) أقول لقائل أن
 يقول إذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل
 بينهما البرء أو لم يتخلل كما سيكتشف في الأصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ منه في وضع هذه المسئلة
 مستدركا لتسام جوابها وهو أن يؤخذ بالامر من جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره أن لا يكون
 الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ منه بناء على أن تخصيص الشيء بالذم كفي الزوايا بدل على نفي الحكم عما عدا
 كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول
 يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الأولى التنبيه من أول الامر على أن تخل البرء ليس بمؤثر فيما
 إذا اختلف الفعلان فإنه إذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما إذا لم يتخل البرء ففيما إذا تخلل ذلك أولى
 وهذا يندفع إجماع أن لا يكون الجواب فيما إذا تخلل البرء كالجواب فيما إذا لم يتخلل فإن تخصيص الشيء بالذم كفي
 التاميد في الروايات على نفي الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بشيئ من الحكم المذكور له وأما إذا كان أولى
 بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق دلالة النص بالارب وما نحن فيه من
 هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الأولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية
 لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدهما
 بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الأخذ بالامر من جميعا من تخلل البرء في البين (قوله)

(فصل) (قوله ومن قطع بدرجـ لخطأ ثم قتله عمدا الى آخره) اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يقتل بينهما برء أو لافان تخلل بينهما برء يعتبر بكل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يدخل أحد هـما في الآخر خوفا لو كانا عمدين فلولي القطع والقتل من النفس وان كانا خطائين يجب دية ونصف دية وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ يجب في اليد القودوى النفس الـدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب في اليد نصف الـدية وفي النفس القودوان لم يقتل بينهما برء فان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر بكل فعل على حدة فيجب في الخطأ الـدية وفي العمد القودوان كانا خطائين يعتبر الكل جنائية واحدة اتفاقا فيجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند أبي يوسف ومحمد رجمهما الله يقتل ولا تقطع وعند أبي حنيفة رجمانه للولى الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس وهو الظاهر وروى عن نصر بن سلام أنه كان يقول الخلاف فيما اذا قطع يده في مجلس وقتله في مجلس آخر أما إذا واحد في مجلس واحد يقتل ولا تقطع يده عند هـم ويجعل الجنائتان بسبب اتحاد المجلس جنائية واحدة

يعني الاكتفاء بموجب أ- وهذا واجب ما يمكن تنبيها لاول لان القتل في الاعمال يعني في غايب الاوقات يقع بضربان منه اقبة وفي اعتبار كل ضربية بنفسها بعض الخرج فيجعل الثاني منها الاول ويجعل الكل واحدا الآن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفاً وموجباً أو بتخلل البرء فينشد يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع أصلاً لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنساً فكذلك كفي الصورتين الاوليين وان تجاوزا خطأ جمع بالايجاع لا يمكن الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف (١٨٤) واكتفى بديه واحدة وان تجاوزا عمداً فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الولي

في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع السراية حتى لو لم يتخلل وقد تجاوزا بان كانا خطاين بجمع بالايجاع لا يمكن الجمع واكتفى بديه واحدة (وان كان قطع بديه عمداً ثم قتل عمداً قبل أن تبرأ بديه فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يقتل ولا تقطع بديه لان الجمع ممكن لتجاوزا الخطاين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أولان الحزب يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحازد فصار كتحلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسري لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كان فصار كتحلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطاين وعمله بتعليقين بازاء تعليقي أبي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليقه الثاني وهو قوله ولأن أرش الينا ما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعنا وهم انتقاض قوله فصار كتحلل البرء بما اذا كانا خطاين تأمل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تحلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كل ولو تحلل البرء قلنا المسئلة المجتهد فيها فالقاضي يقضى على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة ياتي هذا الجواب جداً فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضاً يقولان به كالايتني على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون لخيار الامام عند أبي حنيفة وأما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح فاطمة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بين لهم أن لهم الخيار فلا تخشع رأسا للسؤال على الوجه المذكور نعم برّد أن يقال فامعنى قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بان للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بان يؤخذ بالامرين جميعاً وعلة تعذر الجمع مع مقتضى الكل عنده بلا تعاون كما تبين في الكتاب

(قوله فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أشار ههنا الى أن الخيار الى الامام عند أبي حنيفة رحمه الله يعني أنهم شاءوا قال رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي لان القصاص حقه وانما الخيار للامام في فصل قطاع الطريق عنده اذا قتلوا وأخذوا المال كذا في الاسرار وفي الجامع الصغير للامام المصنوع (قوله وله أن الجمع متعذر) للاختلاف بين الفعلين اذا الطرف بسلك به مسلك الاموال بخلاف النفس (قوله وهو متعذر) أي القود يعتمد المساواة في الفعل وذلك يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وحصول المساواة متعذر في الجمع (قوله أولان الحزب يقطع اضافة السراية الى القطع) لان المحل ينفون به ولا يتصور السراية بعد فوت المحل حتى لو صدر القطع والحزب من شخصين يجب القود على الحازدون القطاع ولو لم يكن الحزب قاطعاً للسراية لوجب القود عليه بما فصار كتحلل البرء

بالتحليل بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقال لا يقتل ولا يقطع وقوله (فان شاء الامام قال اقطعوه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بين لهم أن لهم الخيار فلا الجمع ممكن لتجاوزا الخطاين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذلك عن الجزاء وأما لان الحزب يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحازد واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتحلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسري لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان

خطا

الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة

(قوله وصفاً وموجباً) أقول كفي الخلائية فان موجب القطع العمد القطع والقتل العمد القتل لان القصاص ينبئ عن المماثلة باختلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه) أقول قال السكاكي وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهد في محله فعليه أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد ألا يرى الى خلاف الامام (قال المصنف فصار كتحلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ

وقوله (ولان ارش البد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطاين وتقر برأش البد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع فوهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش البد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجز في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية البدلان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص البد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجز في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان معنى القصاص المساواة وهي انما تحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد بناء على التغليب والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليب فيجوز اعتباره فيه وأما الخطا في بناءه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليب فيه لا يكون مناسباً قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان

وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففدية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة التخم وتبت الشعر فأنه لا يتبقى معتبرة لافي حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما يتبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وسباني تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضربه مائة سوط وجرخته وبقوله أن يجب عليه حكومة عدل) دون الارش لان حكومة عدل انما تكون ابقاء الأثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار

خطاين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان أرش البد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجز في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففدية واحدة) لانه لما برأ منها لا يتبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلاً مائة سوط وجرخته وبقوله أن يجب عليه حكومة العدل) ابقاء الأثر والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس قال (ومن قطع يدرجل فعلى المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفوع عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمداً فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة وقال اذا عفا عن القطع فهو عفوع عن النفس أيضاً وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات له ما أن العفوع عن القطع عفوع عن موجب وموجب القطع لو اقتصر أو القتل اذا سرى فكان العفوع عنه عفوعاً عن أحد

(قوله) ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفوع عنه عفوعاً عن نوعيه أقول أسلوب الخبر يقتضي أن يكون مسبقاً لدلائل تاما لهما وهذا أيضاً دليلاً آخر مستقلاً لهما لکن لا يخفى على الفطن أن ما

بخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة بدليل ان عشرة وقتلوا رجلاً خطايا عليهم ذية واحدة وان تعدد الفعل لا اتحاد الحمل وان قتلوا رجلاً عمداً قتلوا جميعاً لان القصاص جزاء الفعل فيتعدد بتعدد الفعل (قوله) ولان أرش البد انما يجب عند استحكام أثر الفعل) أرش الجراحة لا يتقرر الا عند تقرر حالها بالبرء وهذا انما يتقرر حال القطع بالحز لانه قاطع للسراية وعند الحز ولو وجب دية البد فيجتمع ضمان الكل والجز في حالة واحدة ولا يجتمعان اجاباً في حالة واحدة (قوله) ومن ضرب رجلاً الخ) معنى هذا ضربه تسعين في موضع وعشرة في موضع آخر فبرأ موضع التسعين وسرى العشرة قالوا هذا اذا برأ من تسعين ولم يبق لها أثر أصلاً فبقى لها أثر ينبغي أن يجب عليه حكومة العدل للاسواط ودية للقتل وتفسير حكومة العدل أنه لو كان عبداً مجروحاً هذا كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته فيضمن التفاوت الذي بينهما في الحرم من الدية وفي العبد من القيمة (قوله) لهما أن العفوع عن القطع عفوع عن موجب (لان نفس الفعل لا يحمل العفولانه

(٢٤ -) (تكملة الغرض والكفاية) - (ناسع) الأثر في النفس بان لم يبرأ وليس بجوود وهذا يشير الى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الاجرد إلا لم وهو لا يجب شيئاً كما لو ضربه بام أو لمسا ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبل فصل الجنين (قوله) ومن قطع يدرجل الخ) اعلم أن العفوع عن

(قوله) فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجز في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عمداً حيث يجب قتل واحد وان قتلهم خطأ يجب ديان قال المصنف (والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول قال في المضمرة كأن قاتلاً يقول لمساوجب أرش النفس ينبغي أن لا يجب حكومة العدل فاجاب عنه بقوله والارش الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه وأولى صدور الفعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكمل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراداً قال المدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب أنه يجب فدية واحدة فيما إذا برأ ولم يبق له أثر ما إذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أرش العريب وهو حكومة عدل بالاسواط ودية واحدة بالقتل انتهى

القطع والشبهة والجرحا ليس بهنوعا يحدث منه عند أبي حنيفة فترجعه الله خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وغشا المحنى عليه عنه ثم مري ومات فعلى الجاني الدية في ماله عند وقال لا يئى عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجب له لان الفعل عرض لا يبق فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفو عن موجب وموجب أما القطع أو القتل اذا اقتصر أو سري فكان العفو عفا عنه ما ولا ن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما يحدث منه حتى اذا قال شخص لا سري قطع بدى فقطعه ثم سري الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهائه فيعتبر بالاذن ابتداء قصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولا يى حنيفة فترجعه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمنافع منتفان العفو لم يتأوله (١٨٦) بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل للاحالة وبالسراية تبين أن الواقع

موجبهما كان ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفو عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا ولا أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتأوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو المو جب للعهد الا أن في الاستحسان يجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارنة للقود ولا نسلم أن السارى نوع من القطع وأن السراية صفة بل السارى قتل من الابتداء وكذا الاموجب له من حيث كونه قطعاً فلا يئذناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشبهة وما يحدث منها لانه صريح في العفو سبق لا يتم دليلهما بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع السارى أيضا لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذا لم يتناول اسم القطع المقصر موجباً للقتل أيضاً تدبر (قوله) وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس (قلت) وكان ينبغي أن يقول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لان الذى ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا أن موجب القياس هو الظاهر فى بائى الرأى عرض كما وجد يتلشى فيكون المراد موجب وموجب نوعان القطع اذا اقتصر والقول اذا سري فيكون عفواً عنهما كقولنا أبرأ منك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب وهو رد العين عند قيامه ورد القيمة بعده لا كقولنا المشتري اذا أبرأ البائع عن العيب يكون ابراء عن موجب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند التعذر (قوله) ولان اسم القطع اذن يتناول السارى والمقتصر ألا ترى أن الاذن بالقطع اذن به وبما يحدث منه حتى أن من قال لا سري قطع بدى فقطعه ثم سري الى النفس لم يضمن فاذا جعل الاذن بالقطع اذناؤه وبما يحدث منه فكذا العفو عن القطع لان العفو في الانتهاء كالاذن في الابتداء (قوله) والعفو لم يتأوله بصريحه (كقوله) لا قطع لى قبل فلان فلا نوجب ابراء عن النفس (قوله) بل السارى قتل من الابتداء لان القتل فعل مرفق للروح ولما انزهق الروح عقيب هذا الفعل عرفنا أنه كان قتلاً (قوله) وكذا الاموجب (أى للسارى) من حيث كونه قطعاً وهذا لان موجب القطع ما سري في ضمان الطرف فاما الواجب فى النفس فليس بموجب القطع بل هو موجب القتل وبالسراية تبين أنه حقه في موجب النفس دون موجب الطرف فظهر أنه عفا عن غير حقه فبطل عفو اذ العفو اسقاط الحق فيبطل اذا صادف ما ليس بحقه وكان القياس أن يجب القصاص الا أن فى الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارنة للقود

قتل وحقه فيه فاهو كحقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبراً ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوئك عن اليسد لم يكن عفواً ولو قال المحنى عليه عفوئك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفواً فكذا اذا عفا عن اليسد ثم سري واذا لم يكن العفو معتبراً وجب الضمان والقياس يقتضى القصاص لانه هو الموجب للعمد الا أن آثاره كانه لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارنة للقود فتجب الدية وقوله (ولا نسلم أن السارى نوع من القطع) جواب عن قوله ما فيكون العفو عفا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سري القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك والجواب أن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل

هى نخر جتمعن حقيقة كما يقال عصير مسكر وقوله (بل السارى قتل من الابتداء) عن اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مرفق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلاً وقوله (وكذا الاموجب له من حيث كونه قطعاً) جواب عن قوله أو القتل اذا سري يريد أن القتل ليس بموجب القطع من حيث كونه قطعاً لانه اذا سري ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً لما الثابت بموجب القتل وهو الدية فكان العفو المنافى الى القطع مضافاً الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفا عن القتل وهو معنى قوله فلا يئذناوله العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر

(قال المصنف) وان السراية صفة له (أقول) أى صفة متزعة فلا يرد عليه شيء (قوله) انما الثابت بموجب القتل وهو الدية (أقول) لا يظهر أن يقول وهو القصاص

عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجزأ مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً أن بذل ذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمداً فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال

وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفوع عن القطع مطلقا والعفوع عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجنابة (وفاقا) وهو في موضعين أحدهما أن العفوع عن القطع وما يحدث منه عفوع عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجنابة فإنه عفوع عن الدية أيضا (وخلافا) وهو أيضا في موضعين أحدهما أن العفوع عن القطع مطلقا عفوع عن الدية عندهما إذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن أرض البسلا غدير والثاني أن العفو عن الشبهة عفوع عن الدية إذا سرت عندهما وعند أبي حنيفة لا غدير (أذن) أي أعلم بذلك (اطلاقا) أي إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يدرجل فعلا المقطوعة

(قوله) ولو كان القطع خطأ فقد أجزأ مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الأربع التي هي العفوع عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجنابة انتهى أقول ليس هذا بسبب لأن معنى كلام المصنف ههنا أن محذور الله أجزأ القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المشار إليها هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشبهة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قط وإنما ذكره في الإسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشبهة والجراحة في البدن وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشبهة ثم سري إلى النفس ومات المصنف هنا بصد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسئلة المشار إليها هي مسئلة الجامع الصغير فكيف تصور رج العفوع عن شبهة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجزأ مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشتمل العفوع عن الشبهة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه الثلاثة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجنابة لأن هذه الثلاثة هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير وأما العفو عن الشبهة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير أخذ بما ذكره في الإسلام في شرح الجامع الصغير (قوله) أن بذل ذلك أعلم بذلك إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يدرجل فعلا المقطوعة بده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير بما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لأن محذورنا قيد بالعمد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد لغيره أبو الليث وغيره بالإسلام والصدور الشهيد وغيرهم في شرح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح خدمته دعوى الإطلاق أه وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فساووا ههنا وأما صاحب قالوا فاقبل لأنهم لم يلقوا ما قبل بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فإنه يبين أن مراده العمد لأن الدية في الخطأ على العاقلة قلنا موضع المسئلة مطابق بلا شك إذا قيد بغير ملغوظ لكن الجواب أنما هو لاحد دعوى القطع فتدبره فعلى القاطع الدية في ماله إن كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليهم أن جوابهم هذا ليس من وجوب أن لا يشك أن مقصود المصنف ههنا بيان أجزأ مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً ولا ريب أن حكم المسئلة أنما يؤخذ من جوابها وإذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤخذ من مجرد إطلاق وضع المسئلة بإشتراك نوعي القطع في الحكم أذن ذلك بإشتراكهما في الحكم لا أن بذل في الحكم المستفاد من الجواب وقوله فيماله مانع عن ذلك لا سيما فلا مؤذن للاشتراك قطفلم يتم قول المصنف أن بذل ذلك إطلاقه فتأمل (قوله) لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال قال في العناية فيه بمبحث وهو أن

(قوله) وفاقا أي إذا قال عفوت عن الجنابة أو عن القطع وما يحدث منه وخلافاً إذا قال عفوت عن القطع (قوله) أن بذل ذلك إطلاقا وهو قوله ومن قطع يدرجل فعلا المقطوعة بده ذكر القطع مطلقا من غير وصف العمد وخطأ فان قيل الوضع فيقتل العمد بدليل قوله فعلى القاطع الدية في ماله فلا يكون مطلقا قلنا الوضع مطابق وقوله فعلى القاطع الدية في ماله لا حد نوعيه أي عليه الدية في ماله إن كان عمدا (قوله) وإن كان عمدا فهو من جميع المال أي بسقط القصاص من جميع المال في العمد حتى لو كانت الدية ثلاثة على الثلث لا يثبت شيء من القصاص مالا لأن المنحصر في الثلث التبرع بالمال والقصاص ليس بمال (قوله) ولم يتعلق به حق الورثة) فان قيل القصاص يورث فكيف لا يتعلق به حقهم قلنا حق

يده عن القطع غير متعرض للعمد الخطأ ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية في ماله بدل على أنه في العمدلان الدية في الخطأ على العاقلة وأجيب بان الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقرر به فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عدا وقوله (كل أو وصى باعارة أرضه) يعني اذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعار يتوانف مع الماستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست بأموال وفيه بحث من أوجه الاول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الشافعي أن الوصية باعارة أرضه باطلة وان صحت فكيف انتهت بسكن الموصى له (١٨٨) يوما والورثة يورثون ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له والثالث أن المنافع أموال

فصار كما اذا وصى باعارة أرضه أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن المصنف في يتعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلاف وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه يتعلق حقهم الابعدمون المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء خيرا يتكففونهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فالولم يتعلق به لتصرفه فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى أقول في تقرير البحث المذکور دخل فاحش وفي تحرير الجواب المذبور والزام ذلك أما الاول فلانه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القاتل ابتداء لا بطريق الورثة من المقتول عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فيثبت للقاتل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الورثة منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وينت بطلانه هناك أيضا فتذكر أو ما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندنا ما من الاعظم رحمه الله بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا يرى الى قوله في حاشيته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث (قوله) أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صرح في نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجرور لم يقل أو وصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قوله لا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ألا ترى أن الهبة عقد متعز والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان أراد أنها في حكم الورثة انما يثبت بطريق الخلاف وحكم الخلف لا يثبت الا عند عدم الاصل والقياس في المال لا يظهر حقهم الابعدمون المورث الا أنه ثبت ذلك شرعا قال عليه السلام انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس الغنى بالمال يكون ولا ذلك لا يتعلق حقهم بما يتعلق الغنى به بعدموته أما القصاص فليس بمال لانه ليس الا بمجرد انتقام وتشفي مسدود فلا يتعلق حقهم به (قوله) كل أو وصى باعارة أرضه أي كل أو عار أرضه في مرضه وموته وانففع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من كل المال ولا يصح ارادة حقيقة الوصية باعارة أرضه لان الرواية تحفظ انه اذا وصى باعارة أرضه ولم يخرج من الثلث فالحكم فيها انما يؤسكن الموصى له يوما والورثة يورثون وان كان قابلا للقسمة يقسم ويسكن الموصى له في الثلث والورثة في الثلثين (قوله) أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث فان قيل القاتل

فكيف صارت نظير الما

ليس بمال والجواب عن الاول أن المصنف ارجه الله في يتعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلاف وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه يتعلق حقهم الابعدمون المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء خيرا يتكففونهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فالولم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكمي ماله أو حق قابل لها بعدموته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض

وهو كما ترى لا يخصص في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص قال

لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله أو وصى تبرع كما عبرنا عنه آتينا الوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلوعه عن الثالث بان المنافع أموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح في حصتها أجيب بان المجرور لم يقل أو وصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا

(قوله) لا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية

مبتدأ ولا مانع عنه ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال (واذا قطعت المرأة يد رجل الخ) اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوج جها على يده فلما أن يقتصر أو يسرى فإن كان الأول صححت التسمية وبصر الارش وهو خمسة آلاف درهم (١٨٩) مهرها بالاجماع سواء كان القطع

عدا أو خطأ وتزوجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لأنه لما رأيت بين أن زوجها الارش دون القصاص لأنه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صدقا وان كان الثاني واليه أشار بقوله ثم مات فلما أن يكون القطع خطأ أو عدا فإن كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن البس اذا لم يكن عفو عما يحدث منه عنده فالزوج على البس لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما علمها بما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا كان الزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهر الا سمي على تقدير سقوط القصاص فإنه اذا لم يصلح مهر على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق

(قوله لأنه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول بخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف تأمل (قوله وان كان الثاني فلها

قال) (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوج جها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلة الدية ان كان خطأ وان كان عدا ففي مالها) وهذا عند أبي حنيفة لان العفو عن البس اذا لم يكن عفو عما يحدث منه عنده فالزوج على البس لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهر الا سمي على تقدير السقوط

الوصية في بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المهر جرح للقاتل كعدم صحة وصيته فلا يجدي قد حاق بما ذكره الشراح في تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهر) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصل في العمد القصاص فضية لا طلاق قوله تعالى والجروح قصاص الآية تعذرا لاستيفاء لقيام المانع وهو التغاوت بين طرفي الرجل والمرأة انهم في اقول في الجواب نظرا لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص للمثل مانع فيه ممنوع فان القصاص ينبي عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عدا من غير الفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عدا من الفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقصر القطع فإنه تصح التسمية فيه وبصر ارش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع صرح به الشراح فاطبق في أول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضيان والامام المحبوبي وقالوا أشار اليه المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصل هو القصاص في العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضا

واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجرور لم يقل أو صيت لك بلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جاز للقاتل ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز وقال بعضهم لا يسقط قدر نصيب القاتل وقال بعضهم يسقط الكل لأنه لو بقي نصيبه يجعل كان الواجب ليس الا هذا فيجعل عنه العاقلة ثم هكذا وهكذا الى أن لا يبقى شيء على القاتل في الآخرة فواجب سقوط الكل وهو الصحيح وذلك لاننا لو بطلنا الوصية في حصة القاتل كانت الوصية كلها للعاقلة كن أوصى لحي وميت كانت الوصية للحي نصيبها للوصية فلو بطلنا الوصية في حصته ابتداء يلزمنا نصيبها في الانتهاء على ما ذكرنا فصح معناها بالتداء قصرنا للمسافة (قوله واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده) أي على موجب يده ثم مات فلها مهر مثلها قيد بالموث في وجوب مهر المثل لأنه لو لم يمت فتزوجها على البس أو بصر ارش ذلك وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع سواء كان القطع عدا أو خطأ وتزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث عنه أو على الجنابة لأنه لما رأيت بين أن زوجها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صدقا كذا ذكره الامام قاضيان والمحبوبي رحمه الله (قوله يكون هذا تزوجا) على القصاص في الطرف) فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة فكيف يكون تزوجا على القصاص في الطرف قلنا القصاص هو الواجب الاصل نظر الى ظاهر قوله تعالى والجروح قصاص الآية تعذرا لاستيفاء لقيام المانع وهو التغاوت بين طرفيهما (قوله وهو ليس بمال فلا يصلح مهر) فان قيل القصاص متقوم في

ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل (قال المصنف لا سمي على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها) أقول فإنه لما مات المقطوع يده بالسراية سقطت قصاص الطرف وبده أيضا وهو الارش فان القطع كان قتلا فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس ولعل هذا هو الوجه في توجيه كلام المصنف وبه تندفع الشكوك والادها في هذا المقام

الاولى والقصاص بسقطهنا ما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقطوا ما باعتبار نعتز الاستيفاء فانه لما جعل القصاص
مهر اجعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسة اشترطت بنا
وهو معلوم فما المانع ان يكون (١٩٠) هو المهر اوجب بانه ليس بتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً واذا لم

فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان ضمن العفو على ما تبين ان شاء الله تعالى لكن
عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سري تبين انه قتل النفس ولم يتناول العفو فتجب الدية وتجب
في مالها لانه عموماً القصاص ان يجب القصاص على ما تبينناه واذا اوجب له المهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان
كان على السواء وان كان في الدية فضل ترد على الورثة

لزم ان يكون التزوج في صورة الاقتصار أيضاً تزوجاً على القصاص فلزم ان لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية
ولزوم الارش مهر لها بالاجماع في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل
الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش وأرش اليد معلوم وهو خمسة اشترطت بنا فما المانع ان يكون
هو المهر قلنا أرش اليد ليس بتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً فيجب مهر المثل انتهى
أقول في جواب هذا السؤال أيضاً نظرفانه ينتقض أيضاً اقله بالتزوج على يده في صورة الاقتصار فان أرش
اليد يصير مهر لها هنالك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تبين أرش اليد هنالك أيضاً
ثم أقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد أيضاً من مسئلتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها من انه
يكون هذا تزوجاً على أرش اليد اذا القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العمد أيضاً عندنا واذا
سرى الى النفس تبين انه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالماً عن ان رد عليه
السؤال المذكور وان لم يحجج الى جوابه مما المذكورين في الشروح المختلفة كإبينا آتفا (قوله) واذا
سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناول العفو فتجب الدية قال في النهاية فان قلت لم يجب القصاص ههنا على
المرأة مع ان القطع كان عمداً وهو قتل من الابتداء فانه لم يمت ظهر ان الواجب هو القصاص وهو لم يجعل
القصاص مهر لان القصاص لا يصلح مهر لانه ليس بمال والمهر يجب ان يكون مالا ولما لم يصلح القصاص
مهر صار كانه تزوجاً جهولاً يذكر شيئاً وفيه القصاص فكذا هنالك نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهر
جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة اقولوا استوفت المرأة القصاص انما تستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال
لان الانسان لا يمكن من الاستيفاء عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالباً للقصاص
ومطالباً به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي الذكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما
اذ لم يسم ابتداء انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على
المرأة ظاهر من قول المصنف والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من ان
وجوب الدية ههنا دون القصاص على موجب الاحتسان فان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود
فلم يبق محل للسؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهر اوجب ولاية استيفاء للمرأة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف
فيما قبل يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف واذا سري تبين انه قتل النفس فلم يتناول ولاية المرأة

حق من عليه ولهذا الوصل القاتل في مرض موته يصح من جميع المال فيصلح مهرها كالنافع فانها غير
متقومة في ذاتها ولكنها المتقومة هندور ودالعقد عليها صحت مهر قلنا القصاص ليس بتقوم في حق
من له والمهر لا بد ان يتقوم في حق الرجل على الاطلاق قال الله تعالى ان تبغوا باموالكم ولا يقال بان هذا
يشكل بما اذا تزوج امرأه على خمسة آلاف درهم يظن ان انهاء عليها ثم تصادقاً انه لم يكن عليها شيء يجب
المسمى دون مهر المثل فينبغي ان يكون كذلك ههنا لاننا نقول هنالك المسمى ما يصلح مهر اولا لجهالة فيه فلا

يصلح القصاص ولا بدله مهر
يجب مهر المثل وعليها الدية
في مالها فان قيل قبول
التزوج يتضمن العفو
والعفو لا ضمن فلا
يجب عليها الدية أشار الى
الجواب بقوله (لان التزوج
وان كان يتضمن العفو
لكن) نحن فيه فيما تضمن
العفو (عن القصاص في
الطرف واذا سري تبين انه
قتل والعفو لا يعرض لذلك
فتجب الدية في مالها لانه
عمد) والعائلة لا تتحمل
العمد) والقياس ان يجب
القصاص على ما بيناه) يريد به
قوله لانه هو الموجب للعمد
(واذا اوجب له المهر المثل
وعليها الدية تقع المقاصة ان
تساوى) وان لم يتساو يارد
من عليه الفضل على من له
ذلك واذا كان القطع خطأ
كان التزوج على أرش اليد
واذا سرى الى النفس تبين

(قوله والقصاص سقطهنا
اما بقبولها التزوج الخ)
أقول بل السقوط هنا مجت
المقطوع يده حيث تبين
ان لا قطع على القاطع
لكونه قاتلاً ولا يجب بدله
أيضاً لعدم وجوب الأصل
فتأمل (قوله) ولا يمكن
استيفاء القصاص عن

نفسه) أقول الظاهر ان يقول عن نفسها (قوله) اوجب بانه ليس بتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً) وان
أقول مخالف لما سراً انما من قوله وبصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهر لها بالاجماع ثم انطوالة لا تمنع فيما سقط لانها لا تنقض الى المنازعة
وذلك وجه الصحة فيبصر (قال المصنف واذا اوجب له المهر المثل وعفاها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيان في شرح

وان كان في المهر فضل برده الورثة عليها واذا كان القسط خطأ يكون هذا تزوجا على أرض البدوا اذا سري الى النفس تبين انه لا أرض البدوان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في البدو ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الديته تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال (ولو تزوجها على البدو ما يحدث منها أو على الخنازية ثم مات من ذلك والقسط معدفها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر افوجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خير أو خسر ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهر افقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (وان كان خطا يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الديته وهي تصلح مهر الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر

للعله التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل حدودا لاستيفاء قصاص النفس للمرأة حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها القصاص عن نفسها لنفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المثل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الديته يكون وصية انتهت أقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فضل فيما يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فبما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منها جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الديته لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الديته وصية انتهت أقول ما ل هذا أيضا ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الديته تبين أن مراده ثلث الديته فيرد عليه مثل ما رد على ما ذكره من أنه يجوز أن يخرج كل الديته من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين اللتين في

صار الى مهر المثل فاما ههنا المسمى ليس مما يصلح مهر او هو القصاص وهو الموجب الاصلي وكذلك الارش فيه نوع من الجبالة فانه يحتمل أن يقضى به القاضي من الدراهم أو الدنانير فلهذا اصر الى مهر المثل ولهذا لو تزوجها على ألف درهم أو مائة دينار فانه يجب مهر المثل (قوله واذا وجب لها مهر المثل وعليها الديته تقع المقاصة) أي اذا حلت الديته في الحال لتأجيل الديته وحلول مهر المثل (قوله ولا يتقاصان) لان الديته تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها ولا يقال بان الصحيح أنه تجب على القاتل ثم تحمل العاقلة فيكون أصل الوجوب على القاتل واعتبار هذا الوجوب جواز المقاصة لانا نقول عند بعض المشايخ تجب على العاقلة ابتداء وعند بعضهم تحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة والحوالة توجب البراءة فلا تقع المقاصة (قوله كما اذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا) بان قال أسقطت عنك القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (قوله ولهم ثلث ما ترك وصية) أي وللعاقلة الزيادة على مهر المثل اذ خرج من الثلث وتعتبر العاقلة عن ذلك وان كانت الزيادة على مهر المثل الى تمام الديته لا يخرج من ثلث ماله بقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة ويعتبر ذلك وصية لهم يؤدون الباقي الى ورثة الزوج وفي الاوضح هذا الجواب فيما اذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة فاما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة قال بعضهم يجب ان لا تصح لانه لا بد وان يبطل الوصية في قدر حصتها اذ لا وصية للقاتل والصحيح انه

انه لا أرض البدوان المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما
اذا تزوجها على ما في البدو ولا
شيء فيها ولا يتقاصان لان
الديته على العاقلة في الخطأ
والمهر لها فاختلف ذمة من
له وذمة من عليه وشرط
التقاص اتحادهما وقوله
(ولو تزوجها على البدو ما
يحدث منها) ظاهر وقوله
(ولا شيء عليها) أي لاديتها ولا
قصاص وقوله (يرفع عن
العاقلة مهر مثلها) أي قدر
مهر المثل وقوله (ولهم أي
للعاقلة ثلث ما ترك) أي ثلث
ما زاد على مهر المثل الى تمام
الديته يكون وصية

الجامع الصغير ولا تقع
المقاصة لان الديته مؤجلة
ومهر المثل حال واذا حل
الاجل تقع المقاصة انتهت

المثل لأنه مجابة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها في الحال أن ترجع عليهم بموجب جنائنها وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت تخرج من الثلث تسقط وإن لم تخرج يسقط ثلثه وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليدان العفوع عن اليد عفوعا يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) لأنه تبين أن الجنابة كانت قتل عمدا وحقوق المقتص له القود واستيفاء القطع لا بموجب سقوط القود لكن كان له القود إذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه يسقط حق في القصاص لأنه لما

التفصيل مع إعلان جميع مال الميت يشمل اليد وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لأن ما يكون وصية للعاقلة إنما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخاتمة القصص وفي إفادة تمام المراد كذا لا يتجنى على ذوى الرشد فالأولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فإن خرج من الثلث سقطت ولا سقط ثلث المال انتهى تأمل (قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليدان العفوع عن اليد عفوعا يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة انتهى وتبعه الشراح العيني أقول ليس ذلك بشيء إلا وجهه لتقييد القطع في الفصل الأول بالخطأ فإن الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجزأه جرى العمدة في هذه الوجوه وفاؤا خلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمدة والخطأ في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب العناية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمدة والخطأ كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجنابة لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية لم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما سيجي انتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام مخالف عن التحصيل لأنه أن كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بأنه ترك ذلك الصورة مع كون ذلك كرها أيضا مما بهم فلا وجه له إذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بأنه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون ذلك كرها أيضا فليس كذلك فإن تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيبا ما نحن فيه وأما تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذه المصنف بشيء فلا فائدة فيه إذ قد بين المصنف

يصح لأنه لو لم تصح الوصية في قدر حصتها لها يصح في الكل لغيرها كما إذا أوصى بثلث ماله لحي وميت تصح الوصية بكل الثلث للحي فكان اسقاط كل الدية لازما وان بطلت الوصية في حصتها فلا معنى للإبطال (قوله فمن المال أن ترجع عليهم) أي أن ترجع المرأة على العاقلة وذكر الامام الثوري رحمه الله وإن كان مهر مثلها مثل الدية فلا شيء على العاقلة لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنائنها فلا يغرمون لها (قوله فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة بين الفصلين باعتبار المختلف والمتفق والافافصول ثلاثة

وقوله (فاتفق جوابهما في الفصلين) يعني في التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة وعن بعض الفصليين باعتبار المختلف والمتفق والافافصول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقص له من اليد) كلامه واضح ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما سيجي

(قوله إذا كان القطع خطأ) أقول التقييد به مما لا يظهر وجهه فإنه إذا كان القطع عمدا فلا اتفاق في الجواب

وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج إلى كلام فقوله أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانه في الأصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما إذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعنا ضمننا اليد وانما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهم وما شهدا إلا بالقتل ولو كان القطع غير (١٩٣) القتل لما ضمننا كون القطع غير

لقتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهما أوجباه قتل النفس وذلك يرى القاطع عن الضمان فيضمنان لا يجب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار ككل شاهد على رجل أنه أبرأ غير عمنه عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قوله أنه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضرور بالثبوت مع المنافي وهو الحصرية كما مر بحيث لا يظهر إلا في هذه

الأحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا في غير موضع على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهما أوجباه) أقول بل أباحا (قوله وذلك يرى القاطع عن الضمان) أقول هذا إذا كان رجوعهما قبل البرء أما

إذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فإنه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أن أقول قوله يرى القاطع عن الضمان قلنا مطلقا وبعد البرء والثاني باطل وفي الأول أن البرء لا يجب ضمنان القطع وإن لم يبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى (قال المصنف وانما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفو لغوا لا يستتبعه حقه قبله

أقدم على القاطع فقد أبرأهما ورائه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظننا أنه حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يده فقتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليدوية البعد عند أبي حنيفة وقال لا شيء عليه) لأنه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لأنه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لم يعف لا يضمنه وكذا إذا سرى ومابرا أو ماعفا وما سرى أو قطع ثم خزرقته قبل البرء أو بعد وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع وله أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانه وكان القصاص أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلغه تبعاً وإذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه ولأن القصاص في النفس ضروري

حكمها فيما سيجي مفصلا ومدا لا فيلغو بيان ذلك الشارح إياه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظننا أنه حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الإصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لأنهم تورث شبهة بذلك تمسكوا في سقوطه فيما إذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا إلى المقدمة القائلة أنه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه أنه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة فحينئذ نحن فيكون البراءة عن النفس شبهة الشبهة لأن الإقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأس الجواز أن يستوفى القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفى طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفراغ مما وراءه لا يقتضي البراءة عنه أيضا لجواز أن يغرق منه ظنا أن حقه في القطع لا يبرأ مما وراءه فتحققت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما إذا عفا عن القطع ثم مات منه فإن العفو عن القطع هنا قرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القاطع عفو عن القاتل فاعتبرت في سقوط القود بهما كون الشبهة دائرة فافترقا تأمل فإن هذا معنى عميق ورفق دقيق

(قوله ومن قتل وليه عمدا فقطع يده فقتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض) بتريده القضاء وغير القضاء مقدم على العفو وقوله ومابرا أنا كيد لقوله سرى (قوله أو ماعفا وماسرى) أي لم يظهر حاله بعد هذه المسئلة على أربعة أوجه قطع ثم عفا أو لم يسر أو لم يعف وسرى أو عفا وسرى أو لم يعف ولم يسر والمختلف هو الأول وكذا الثالث أيضا على الخلاف في الصحيح من الرواية (قوله وله أنه استوفى غير حقه) لأن استيفاء الطرف قد بينا أن حقه في القتل والقطع غير القتل وقد استوفاه من نفس متقومة فإن نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص (قوله وانما لا يجب في الحال) جواب اشكال وهو أن يقال إذا كان القطع غير حقه وقد استوفاه وأنه مضمون عليه فلم لا يجب عليه الضمان في الحال فاجاب بما ذكر (قوله ومالك القصاص في النفس ضروري) لأنه ثابت على منسافة الدليل لأن القاتل حر والحريته تنافي المملوكية ولكن ثبت لصيانة الدم المعصوم وحصول الزجر المقصود بشرعيته فيقدر ما تدفع به الضرورة والضرر وقد دفع بظهور عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض بالصلح لأن هذه الأشياء تصرف فيه أي في القاتل أو في القصاص أما كون الاستيفاء تصرفا فيه فظاهر وكذلك العفو لأنه إسقاط وإسقاط الشيء تصرف فيه وكذلك الاعتياض فاما قبل الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض

(٢٥ - تكملة الفتح والكفاية - تاسع)

فكذلك ههنا خلاف المتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فيكون نصراً في غيره لملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلاً من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذلك اذا صار قتلاً من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع * (باب الشهادة في القتل) * القتل بعد تحققه بما يجحد فتحجاج من له القصاص الى اثباته بالبيينة فيبين الشهادة فيه في باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البيينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البيينة عند أبي حنيفة وقال لا يعيدون كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لا يبعث على آخره الاصل أن استيغاه القصاص حق الوارثة عنده وحق المورث عندهما وليس لأبي حنيفة تمسك (١٩٥) بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً كما انه ليس له ما ذلك

بصحة العفو من المورث المجرور استحساناً للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلو وقع قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كليهما لذلك وإذا ظهر ذلك بغير وجه قوله ما أن القصاص طريقه طريق الوارثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمهما ان ينتصب أحد الوارثة خصماً عن الباقي واستدل له ما على أن طريقه طريق الوارثة بقوله وهذا لانه عوض بنفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعروض كافي الدية ولهذا وانقلب ما لا يكون الميت تقضي به دونه وتنفذ منه وصاياه ولا يبي حنيفة أن طريقه طريق الخلافة وهو أن يثبت

* (باب الشهادة في القتل) *

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البيينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البيينة) عند أبي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لا يبعث على آخره لما في الخلافة أن القصاص طريقه طريق الوارثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصراً عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها أيضاً بان يقال ما فعل المأور بالقطع باذن الأمر انتقل حكم القتل الى الأمر فصار كالمقطع بد نفسه وفي ذلك لأضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا يرب فيه

* (باب الشهادة في القتل) *

لما كانت الشهادة في القتل أمراً متعلقاً بالقتل أو ردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجته من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البيينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البيينة) عند أبي حنيفة ترجمه الله وقال لا يعيد (قال في العناية والاصل ان استيغاه القصاص حق المورث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً كما انه ليس له ما ذلك بصحة العفو من المورث المجرور استحساناً للتدافع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينتقض حجة على أبي حنيفة وما تمسك به ينتقض حجة عليهم ما ذكف يتحقق التسدافع بين ذينك التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقة المورث عنده باعتبار ثبوته للمورث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث أيضاً عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجنائية في حق المورث وقد صرح به في كثير من الشروح فابو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقاً للمورث فقال باشتراط إعادة البيينة اذا حضر الغائب احتمالاً للدعوى في مسئلة العفو من المورث المجرور جهة كونه حقاً للمورث فقال

* (باب الشهادة في القتل) *

(قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البيينة) قبلت البيينة ولم يعل بالاجماع وأجمعوا أيضاً على ان القاتل يجبس الى ان يحضر الغائب لانه صار منه حياً بالقتل والمتهم يجبس وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القضاء الاستيغاه والحاضر لا يمكن من الاستيغاه بالاجماع ثم اذا قدم الغائب فانه يعيد البيينة عند أبي حنيفة ترجمه الله وقال لا يعيد وأصل الاختلاف راجع الى حق استيغاه القصاص في الاصل ان هو فوق عن أبي حنيفة ترجمه الله انه حق الوارث ابتداء ووقع عندهما انه حق المورث ولا يصح الاستدلال له بما بصحة العفو من العفو عن القصاص في جواب الاستحسان كما يصح من

لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهم فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوارثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للمورث

ولا يجب الضمان على القاطع أيضاً (قوله بخلاف المتص له فانه يقطع بالملك) أقول وكذلك القطع باذن الملك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمعتبر بملكه كان المنفعة كالركوب دون الاهلاك (قال المصنف لهما في الخلافة أن القصاص ما ريعه الوارثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد لهما أن القصاص يصير مملوكاً للمقتول ثم يصير مورثاً عنه كالدين سواء ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لا تملك شيئاً من حق الزوج الا بطريق الوارثة

وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لانه) أي الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه ملكه وان كان ما ريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصمه من الباقيين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فان المحل مما لا شبهة فيه محال وقوله (فان أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لانهم ما يجبران) تعليل لقوله فشهادتهم ما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منعهما بالذكور وهو ما قال الامام المجهول لانهم ما زعموا أن القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما وقوله (فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أنلانا) يتأتى فيه الاقسام العقلية لانه اما أن يصدقهما القاتل والمشهد عليه جميعاً أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهد عليه أو بالعكس والمذكور في الكتاب أولاً هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهما أنلانا لما ذكر في الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده الى أنهم ما لوصدقهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لانهم ادعى على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا ثلثي للمشهد عليه لانه بتدقيقه الشاهدين فيما شهدا أقر بالعفو وصار كالموت

ثم في الدين لاتعد البينة كذا هذا ولا في (١٩٦) حقيقة بل ولكن فيه شبهة ثبوته لهم ابتداء لان الميت لا ينتفع به منفعتين بيقول

ثبت لهم ابتداء تعادله البينة فكذا اذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصص فيه شبهة كون طريقه الخلاف دون الوراثة حينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الامام الترمذي في ولاي حنيفة رحمه الله أن في القصص شبهة ثبوته ابتداء لانهم هم الذين ينتفعون بالقصص دون الميت فانه لا يقضى منه دونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب والقصص لا يثبت مع الشبهة فلا كذلك الخطأ والدين لانه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل الى الوارث وكذا وانقلب القصص مالا كان حقا لمقتول تقضى منه دونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أباح حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر بالوراثة اذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصص وتارة يعتبر بشبهة الخلاف اذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولاي حنيفة أن القصص حق الميت من وجوه حق الوراثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفي ودرك الثأر وهذا حق الوراثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه يدل النفس حق الميت ولهذا وانقلب مالا تقضى منه دونه وتنفذ وصاياه الى آخر ما ذكره قال الامام الزلي في قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نأص على أن القصص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس له - ما ذلك) أقول يعني ليس لهم ما عسك كأي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لابي حنيفة تمسك ولقوله كما أنه ليس له - ما ذلك الخ يعني للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد منها من مراجعة التمر تاشي

في المعوض كفي الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفو بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين وله أن القصص طريقه الخلاف فتدون الوراثة ألا ترى أن ملك القصص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لانه من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه ملكه وان كان ما ريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصمه من الباقيين فيعيد البينة بعد حضوره (فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصص) لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصص الى مال ولا يمكنه اثباته الا بالاثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لانهم ما يجبران بشهادتهما الى أنفسهم ما عفا وهو انقلاب القود مالا (فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أنلانا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا أنه يدعي سقوط حق المشهد عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه بصحة العفو منه احتيالا للدور أيضاً وأما عندنا فالقصص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعدموته الى الوارث بطريق الوراثة كما سألنا ما لا كنه فيه عليه ما المؤاخذه بصحة العفو من الوارث حال المورث المجرور كذلك يصح من الوارث حال حياة المورث (قوله طريقه الخلاف) وطريق الخلافان الملك يثبت للخليفة كانه هو الاصل لقيامه مقامه كالعبد يوجب له شيء فيقبل بثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلاف بخلاف الدين لانه مال والميت أهل الملك المال ولهذا لا يكتفى من ماله ويقضى دونه من ماله فاما القصص فذلك الفعل والميت ليس من أهل الفعل وانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثأر والميت ليس من أهله (قوله كما اذا نصب شبكة) أي للام طياد (قوله وهو عفو منعهما) لانهم ما بالشهادة زعموا أن القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما (قوله معناه اذا صدقهما وحده) أي صدقهما القاتل وحده وكذبهما المشهد عليه في شهادتهما بعفو الثالث وانما قيد به لانه اذا صدقهما القاتل والمشهد عليه يضمن القاتل

(وان)

به فثبت له ثم ينتقل الى الوارث وكذا وانقلب القصص مالا كان

ذلك عبثا وقوله (وان كذبهما) أى كذبهما القاتل والمشهد عليه أيضا (فلاشئ للشاهدين والمشهد عليه ثلث الدية) لما ذكره في الكتاب وقوله (وان صدقهما المشهد وعليه وحده) يعنى وكذبهما القاتل (غرم القاتل) (١٩٧) للمشهد عليه ثلث الدية) لا قراره

له بذلك وفى بعض النسخ
واستحسنه بصرف ذلك الى
الشاهدين وهذا استحسان
والقياس أن لا يلزمه شئ
لان ما ادعاه الشاهدان على
القاتل لم يثبت لانكاره
وما أقر به القاتل للمشهد
عليه قد بطل بتكذيبه وجه
الاستحسان أن القاتل
بتكذيبه الشاهدين أقر
للمشهد عليه ثلث الدية
لزمه أن القصاص سقط
بدعواهما العفو عن الثالث
وانقلب نصيبه مالا والثالث
لما صدق الشاهدين فى العفو
فقد زعم أن نصيبهما انقلب
مالا فصومرا لهما بما أقر به
القاتل فيجوز أقراره بذلك
بمنزلة ما لو أقر رجل بالف
درهم فقال المقر له هذه الالف
ليست لى ولكنكها الفلان حاز
وصار الالف لفلان كذا
هذا قال (واذا شهدا المشهد
أنه ضربه) صورة المسئلة
ظاهرة وقوله (واذا كان
عمدا) أقول المصنف احتراز
به عن الخطأ

(قال المصنف ومعناه اذا
كذبهما القاتل أيضا)
أقول قال الاتقائى فعلى هذا
يكون تقدير قوله وان
كذبهما أى المشهد عليه
وفى بعض النسخ ومعناه اذا
كذبهما المشهد عليه أيضا
وهو أصح انتهى وجه الاستحسان
نحو مساق الكلام عن

(وان كذبهما فلاشئ لهم مالا ولا ثلث الدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا وهذا لانهم ما أقر على
أنفسهما بسقوط القصاص فقبلوا دعوى انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بيمينه وينقلب نصيب المشهد
عليه مالا لان دعواه العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منها فى حق المشهد وعليه لان سقوط القود
مضاف اليهما وان صدقهما المشهد عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهد وعليه لا قراره له بذلك قال
(واذا شهدا المشهد أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة
كالثابت معاينته فى ذلك القصاص على ما بيناه والتهمة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت
بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

حياة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر (قوله وان كذبهما فلاشئ لهم مالا ولا ثلث الدية) ومعناه اذا كذبهما
القاتل أيضا قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام وان كذبهما فلاشئ أى وان كذبهما المشهد وعليه
اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهد عليه يجب على القاتل
دية كاملة بينهم أثلاثا ثم قال وفى بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا فثبت ذلك معنى قوله
وان كذبهما أى وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا لأنه جعل النسخة الثانية
أصلا على عكس ما فى النهاية وقال والاول أصح أقول مدار كذا فى شرح المقام على أنهم ما فهموا أن مراد
المصنف بقوله ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله فى النسخة الاخرى ومعناه اذا كذبهما المشهد وعليه
أيضا بيان الكلام المقدور فى عبارة الجامع الصغير وهى قوله وان كذبهما فلاشئ لهما فانما جعلها فاعل
كذبهما فى قوله وان كذبهما فلاشئ لهما ضمير ارجع الى المشهد وعليه على نسخة ومعناه اذا كذبهما
القاتل أيضا وضمير ارجع الى القاتل على نسخة ومعناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهذا لا يتصور الا بان
يكون مراد المصنف فى النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما لقاتل أيضا مقدر فى عبارة الجامع الصغير فتدبر
وان كذبهما المشهد وعليه فلاشئ لهما اذا كذبهما لقاتل أيضا وفى النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما
المشهد وعليه أيضا مقدر فيها فتدبر وان كذبهما القاتل فلاشئ لهما اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا
لكن ليس ما ذهب اليه بسديد اذ يأتى قطعاً قول المصنف ومعناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندى
أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد أيضا فى عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبله اعتبار قيد وحده فى

ثلث الدية للشاهدين لا غير لانهم ما ادعيا على القاتل المالا وصدقهما القاتل فيه ولا يضمن للمشهد عليه
شأنه أقر بالعفو حيث صدق الشاهدين (قوله وان كذبهما) أى المشهد وعليه ومعناه اذا كذبهما
القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهد عليه يجب على القاتل دية
كاملة بينهم أثلاثا وذلك لانهم ما بالشهادة أقر بسقوط القصاص وانقلب نصيبهما مالا وقد أقر القاتل
بذلك على تقدير تصديق القاتل فلزمه ثلث الدية لهما وثلث الدية للمشهد وعليه لانه ما أقر بسقوط
القصاص وانما سقط القصاص بأقرار غيره (قوله وان صدقهما المشهد وعليه وحده غرم القاتل ثلث
الدية للمشهد وعليه) لا قراره له بذلك لانه أنكر عفو المشهد عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهود صاحبيه
ولكنه نصرف الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يلزمه شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل
لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهد وعليه قد بطل به كذبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه
الشاهدين أقر للمشهد وعليه بثلث الدية لزمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب
نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين فى العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصومرا لهما بما أقر به
له القاتل فيجوز أقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بالف درهم وقال المقر له هذه الالف ليس لى ولكنكها الفلان
نسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه القاتل فالمضمر هنا يكون ذلك وأيضا ينبغي أن يقال
حيث نثوله ثلث الدية دون ولا تخدبر (قوله وفى بعض النسخ الى قوله وصار الالف لفلان كذا هذا) أقول الى هنا ما فى بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح) لأنه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف ثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لأنه لو كان مخطئاً لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد ضربه فإصابه وأقول هذا ليس وارد على صاحب الهداية لأنه أشار إليه بقوله اذا كان عدائهم رد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف (وقوله واذا اختلف شاهدوا القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الأموال يمنع عن الحكم بها في النفوس أولى وقوله (لان المطلق بغير المقيد) فان المطلق يوجب اليقين ماله والمقيد بالعصاة على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح

(قوله وأقول هذا ليس وارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن رد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره المحجب وقد نص عليه الامام خواجه زاده يكون التقيد بقوله اذا كان عدداً للاحتراز عن الخطأ ما بعد الغواب خطأ لا ينافي خلاف الواقع

فدامل

وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح قال (واذا اختلف شاهدوا القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعدو ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصاة غير القتل بالسلاح لان الثاني عدواً الاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعضاً وقال الآخر لا أدري بأي شئ قتله فهو باطل) لان المطلق بغير المقيد قال (وان شهدا أنه قتله وقال الآخر لا أدري بأي شئ قتله ففيه الديانة استحساناً) والقياس أن عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فإداه على الله فخذة الاولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهم ما اذا كذب ما القاتل أيضاً أي مع الشهود عليه كما أن معنى قوله فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والمقيدان منو بان يعمونه المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذبهم ما اذا كذب ما المشهود عليه أيضاً أي مع القاتل فينبذ تنظيم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح) قال في الكفاية وإنما أول فتكون المسئلة مجمعة عليها (وقال في معراج الدراية نقلا عن النخبة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول لكل فتأويله أن تكون الآية جارحة انتهى ثم قال جهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن لضربه قد يكون خطأ فكيف ثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمداً قلنا لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لأنه لو كان مخطئاً لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد ضربه فإصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواجه زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس وارد على صاحب الهداية لأنه أشار إليه بقوله اذا كان عدائهم رد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عدداً لكن رد عليه أن يقال ليس لهذا التقيد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح المهود بكون ضربه عدداً فيما اذا أطلقوا ضربه ولم يحددوا بكونه عدداً فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس يلزم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفاً بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده الزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصاة غير القتل بالسلاح لان الثاني عدواً الاول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بالآلة غير القتل بالآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشملاً أما كونه أجلاً فظاهراً وأما كونه أشملاً فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك

جاز وصارت لفان كذا هذا (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح كالسيف وما يجرى مجراه) وإنما أول الجارح لشكون المسئلة مجمعة عليها فان قبل الشهود ان شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب قد يكون خطأ فكيف ثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أن كان متعمداً قلنا لما شهدوا أنه ضربه بالسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لأنه لو كان مخطئاً لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد ضربه فإصابه كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواجه زاده (قوله واذا اختلف شاهدوا القتل في الايام) بان شهدا أحدهما ان القتل كان في يوم الخميس وشهدا الاخران كان في يوم الجمعة أو في البلدان بان شهدا أحدهما ان القتل في بلد كذا وشهدا الاخران كان في بلد آخر أو في الذي كان به القتل أي في الآلة (قوله لان المطلق بغير المقيد) لانه يجهل أن يكون عدداً ويجهل أن يكون شبه عدداً ويجهل أن يكون خطأ والقتل بالعصاة شبه عدداً فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط (قوله والمطلق ليس بمجمل) فان المطلق يمكن العمل ألا ترى ان الله تعالى أوجب الكفارة بغير ررقبة مطلقاً وجب العمل به ولو كان

بمجملاً لما وجب العمل به كذا ذكره الامام الكسائي (قوله على اجمالهم بالشهود عليه) أي احسانهم
 في حقهم بالسفر عليه (قوله وأولوا كذبهم في نفي العلم) أي الشهود وأولوا قوله لم لا ندري مع أنهم يعلمون
 بظواهر ما ورد من الحديث باطلاق الكذب باطلاقة أي بخبر الكذب في اصلاح ذات البين وهو قوله عليه
 السلام ليس بكذاب من يصلح بين اثنين (قوله وهذا في معناه) أي سفر الشاهد على المشهود عليه ما وجب

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلناه جميعا فإنه يقتلهمما وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلناه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل وجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية تمن المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقربه لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

اصلاح ذات البين بجماع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه ههنا فكأن ورود الحديث هناك وروداه ههنا انتهى أقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو وألباء القتل دون عفو الشهود وكيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم أن لا يشهدوا رأسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فإنه يتوقف على ارتكاب الكذب في رخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي أن يكون المراد بالعفو القصاص والافهوت لا وجوب حيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال ولا يظهر أن يقول بجماع أن الستر مندوب اليه انتهى أقول برده على توجيهه أيضا أن يقال لو كان دواء القصاص من غير شبهة مندوب اليه وكان دروه حائرا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجراح عبد السكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل أصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم إن ورود ههنا على ما عده أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوب اليه لكان الافضل للشهود أن يستروه ما رايان لا يشهدوا بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط ناسل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهد من فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقربه لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما بالتلاف بعض النفس والقصاص يجب بالتلاف البعض كما يجب بالتلاف الكل فلماذا كان له أن يقتلهمما أو ما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهم ما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما بالقتل صدق الولي بقوله قتلناه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقربه لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقربه يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعمه وبنينا عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحد أن كل واحد منهم قاتل بوصف السكال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بالتلاف بعض النفس ونصف القتل كالمال لازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو

القتل في معنى اصلاح ذات البين بجماع أن العفو مندوب ههنا كما أن الاصلاح مندوب ههنا فكأن ورود الاطلاق والتجويز ههنا وروداه ههنا (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقربه) قيد بالبعث لان تكذيب المقر له في كل ما أقربه رد الاقراره فيبطل به والله أعلم بالصواب

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا أقر الرجلان الخ) مسئلة من مباحثها على أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقربه لا يبطل اقراره في الباقي فان من أقر بالفردهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقربه لانه اذا كذبه في كل ما أقربه بطل الاقرار لانه رد الاقراره وعلى هذا وقال المقر له بدل قوله قتلناه صدقتم لم يكن له أن يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتم سامعي قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحده وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما تحبير اذا قيل مراد من العفو الدرء لا يدفع المحدث

* (باب في اعتبار حالة القتل) * لما كانت الاحوال صفات الذم بها ذكرها بعدد كره نفس القتل وما يتعلق به (ومن رمى مسلماً فأرشد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به اليه هم فعلى الرامي الدية ولو رثه المرنء عند أبي حنيفة وقال لا شيء عليه لانه بالارنداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالمغصوب منه اذا أعتق المتغصب فانه صار مبرئاً للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار به مبرئاً (كما اذا أبرأه) أي الرامي عن الجنابة أو حقه (بعد الجرح) أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم (ولابي حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمي والرمي اليه فيها متقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيداً ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فأن رده بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكره شرعاً وقد تم موجبا للحمل بشرطه وهو التسمية وما اذا كانت الجنابة خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذا العبارة أنسب لمساواة المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لا مكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته والفعل عمداً فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمداً فالقود يسقط بالشبهة) يعني الشبهة الناشئة من (٢٠١) اعتبار حالة الاصابة (ووجب الدية) أي في ماله ولو كانت المسئلة

بالعكس فلا شيء في قولهم جميعاً (وكذا اذا رمى حربياً فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرمي ما تقدم وجباً للضمان لعدم تقويم الحمل فلا ينقلب موجباً للصيرورته متقوماً بعد ذلك) ونوقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فبأن وجب الجزاء على الرامي وأجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

* (باب في اعتبار حالة القتل) *

قال (ومن رمى مسلماً فأرشد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة وقال لا شيء عليه) لانه بالارنداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمى اليه فيها متقوم ولهذا اعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم رده الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمداً فالقود يسقط للشبهة ووجب الدية (ولوروى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً وكذا اذا رمى حربياً فأسلم) لان الرمي ما تقدم وجباً للضمان لعدم تقويم الحمل فلا ينقلب موجباً للصيرورته متقوماً بعد ذلك

أن كل واحد منهما أقرب بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلته ما جعاً في بعض ما أقربه وهو القتل وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذب المقر له المقر في بعض ما أقربه لا يطل اقراره في الباقي بواحد كل واحد منهما باقراره بالقتل فالولي أن يقتلهما جميعاً وان رد انفراد كل واحد منهما بالقتل وبصير كما اذا قتل جماعة واحد اعمد احيث يقتص من جميعهم اجزاء بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

* (باب في اعتبار حالة القتل) *

لما كانت الاحوال صفات الذم بها ذكرها بعدد كره نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح (قوله وقال لا شيء عليه لانه بالارنداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه) قال في العناية الآن بأحنيقة

* (باب في اعتبار حالة القتل) *

(قوله لانه بالارنداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه) لان من له الحق متى أخرج المتقوم عن التقوم بصير مبرئاً للضامن عن الضمان كالمغصوب منه اذا أعتق المتغصب بصير مبرئاً للغاصب عن الضمان (قوله ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل) أي حل الصيد وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح

(قال المصنف وقال لا شيء عليه) أقول قال الكاكي وبه قالت اللجنة الثلاثة لان التلف حصل في محل لاعصمة

(٢٦ -) (تكملة الفخر والكفاية) - (تاسع) له فيكون هدراً يكلو جرحه ثم ارتد ثم مات وكذا أبرأه بعد الجرح أي عن الجنابة أو حقه وكذا أبرأه عن حقه أو الجنابة ثم أصابه السهم وكذا أعتق المالك العبد المغصوب بصير مبرئاً للغاصب عن الضمان كذا ذكره في جامع صدر الاسلام انتهى وفي شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتراف أن الارتد اذا طاع للسراية كالعقود لا باعتبار أنه صار مبرئاً انتهى (قال المصنف لانه بالارنداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً) أقول قال الاتقاني هذا لا يصح لان عنده يعني عند المرنء أن الرد لا تبطل التقويم فكيف يكون مبرئاً عن ضمان الجنابة كذا ذكره قاضيان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أي بالارنداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا يجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالاراء العفو لكن الاول أنسب للمقام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لا تمس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقبلاً عليه لصورة النزاع بخلاف ما في دليل أبي حنيفة ووجه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شيء (قال المصنف ولوروى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً) أقول قال الكاكي في معراج الدراية أي في قول أصحابنا وقال الشافعي وأحمد يجب عليه في المرنء والحربي اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان

(وانرى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته من مبالى غير مري) حتى لو كانت قيمته قبل الرى ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه ما تادروهم لان العتق فاطع للسراية لاشتباها من له الحق لان المسقوق حال ابتداء الجنانية للمولى وحال الامابة العبد لحرية فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقى مجرد الرى وهى جنابة تنقص به قيمة المرى اليه بالاضافة الى ما قبل الرى فيجب ذلك (٢٠٢) أى فضل ما بين قيمته من مبالى غير مري ولهما أنه يصير قاتلا من وقت

قال (وانرى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته من مبالى غير مري وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة أنه العتق فاطع للسراية يتوذا انقطعت بقى مجرد الرى وهو جنابة ينقص بها قيمة المرى اليه بالاضافة الى ما قبل الرى فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرى لان فعله الرى وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته

رحمه الله يقول ان قولهم انه بالارتداد صار مبرئا من ضمان الجنابة غير صحيح لان في اعتقاد المرد أن الرد لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا من ضمان الجنابة كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والنثر ناشى والمحبوبى انتهى أقول لهما أن يقول في الجواب عنه اننا لا نرى بالبراء في قولنا به بالارتداد صار مبرئا حقيقة البراء بل نرى بذلك البراء الحكمى لانه بالارتداد لما سقط تقوم نفسه شرعاً سقط حق معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم البراء شرعاً سواء طابق اعتقاده أو لم يطابق واحل نقر يصح المصنف قوله فيكون مبرئاً للرأى عن موجب قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه بوى الى ما ذكرناه (قوله وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمه الله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التعرير المألوف حيث لم يقبل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر كثر في الاسلام البزدوى في شرحه قوله مع أبي حنيفة كجابين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الروايات والمتاوعده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله) ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرى لان فعله الرى وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته) قال الشراح مرأى

قبل الموت والجرح سبب الموت فصار كأنه قتلته حين جرحه الرى سبب الجرح يصح التكفير قبل الاصابة أيضا وفي الجامع الصغير لقاضي خان فيصير قاتلا من وقت الرى ولهم هذا لو كانت الجنابة منقطة فكفر بعد الرى قبل الاصابة صح تكفيره (قوله له ان العتق فاطع للسراية) أى لمحمد رحمه الله كما اذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيء أى لا يضمن دية ولا قيمته وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان توجه السهم عليه أوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرى فيعتبر قيمته يومئذ وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه يعتبر وقت الرى وأما أبو يوسف رحمه الله فانما يعتبر وقت الرى فيما اذا رى مسلما فان رد المرى السب لانه اعترض على المحل ما يبطل عصمته وهذا الحرية تؤكده عصمته واد اعتبر قاتلا من وقت الرى وانه مملوك في تلك الحالة فيجب القيمة لان الفعل انعدم من الابتداء وجب القيمة فلا يتغير باعتراض الحرية بخلاف القطع والجرح والضرب الممرض لانه اتصل الفعل بالمحل وتأثر به المحل

وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى انفسق بين هذه وبين ما اذا رى مسلما فان رد العباد بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرى وهو أن المرى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمن يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بانما في أو ما الاعتناق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرى الا في صورة الارتداد

الاعتبار بحالة الاصابة اذ الرى سبب الاصابة جنابة والاعتبار بحالة الجنابة كما لو جرح بر الحربي فوقع فيها بعد اسلامه وقتلنا الرى لم ينقصد موجبا للضمن لان المرى غير متقوم وان اصابه متقوما بعده وان أصابنا اعتبروا حالة الرى كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما سيجي وكذا في مسئلة الذمى ثم تجسس وكذا في

مسئلة الحرم الا أنهم ما يقولان في مسئلة رى مسلما فان رد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرأى عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد مبرئا والبراء ما يصح بعد اعتقاد السبب أو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان عنده الرد لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا من ضمان كذا في جامع قاضي خان والنثر ناشى والمحبوبى الى هنا كلام العلامة الكاكي الآن قول المصنف فيعتبر بحالة الرى ينبوع ذلك بعض نبوة (قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرى الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عنده وقت الرى فيها لكنسه يقول صار بالارتداد مبرئا من ضمان ولو لم يكن العتق وقت الرى فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان البراء بعد تحقق السبب وان اعتاده

بخلاف

مسئلة الحرم الا أنهم ما يقولان في مسئلة رى مسلما فان رد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرأى عن الضمان ولهذا

بمخلاف القطع والجرح لانه ائتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية ولو وجب شئ
لوجب للعبد قصير النهاية بخالفة للبدية أما الرى قبل الاصابة ليس بائتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وإنما
قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبدية فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يتخالفنا في
وجوب القيمة نظرنا الى حالة الاصابة فالخبرة عليه ما حققناه قال (ومن قضى عليه بالرجم فرما رجل ثم رجع
أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الراى) لان المعتبر حالة الرى وهو مباح الدم فيها (واذ رى المحوسى
صبيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تجسس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال

حينئذ في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذو بين ما تقدم وجه الفرق أن المرى اليه خرج
بالارتداد من أن يكون معصوما فصار مبرئاً عن الجنائية إذا الضمان يعتمد العصمة والردة تنافياها وأما الاعتناق فانه
لا ينافى العصمة فتجب عليه ضمان قيمته للمولى اه أقول في وجه الفرق نظرا لان الاعتناق وإن لم ينافى العصمة
الأنه ينافى كون المحل مالا مستقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئاً عن ضمان قيمة العبد المرى اليه باعتناقه إياه
قبل الاصابة لان ضمان القيمة إنما يتصور فيما هو مال مستقوم ولما أخرجه المولى بالاعتناق من أن يكون مالا
مستقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى ان المغصوب منه إذا اعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن
الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن
ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرى الا في صورة الارتداد
اه أقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهرا للفساد اذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرى في صورة الارتداد لما
صح منه القول بانه صار بالارتداد مبرئاً عن الضمان فان الإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب بخالف لما صرح
به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان يقول
أبى حنيفة في أن المعتبر حالة الرى ولهذا وافقه في هذه المسائل بمعنى المسائل الآتية في الكتاب ونظائرهما إلا أن
المزى اليه في مسئلتنا الراد صار مبرئا للراى عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما ففعله معتبر في
اسقاط حقه كما إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب باعتناق المغصوب على ما ذكرنا الآن أباحنيفة يقول ان قولهما
انه بالارتداد صار مبرئاً عن ضمان الجنائية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الرد لا تبطل التقوم فكيف يصير
مبرئاً عن ضمان الجنائية كذا في الجامع الصغير لقاضيان والتمرناشى والمجوبى انتهى وقال في معراج الدراية
وأصحنا اعتبر وأحال الرى كفى هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجيى وكذا في مسئلة الرى ثم تجسس وكذا
في مسئلة المحرم على ما يجيى إلا أنهم ما يقولان في مسئلة ان رى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للراى عن
الضمان ولهذا قال لا يصير بالارتداد مبرئا والبراءة إنما يصح بعد انعقاد السبب أو بحنيفة يقول بالارتداد لا يصير
مبرئا لان في اعتقاد المرتد أن الرد لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئاً عن الضمان كذا في جامع قاضيان
والتمرناشى والمجوبى اه (قوله أما الرى قبل الاصابة ليس بائتلاف شئ لانه لا أثر له في المحل) أقول لتوهم

وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فيلزم مخالفة نهاية الفعل بدية
فلا بد من ان يجعل العتق قاطعا للسراية بهذه الضرورة ولا ضرورة في الرى لانه لا أثر له في المحل قبل الوصول
وإنما يقل الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا يلزم المخالفة في البداية والنهاية في استحقاق الضمان فيجب
القيمة للمولى ونحمد الله الذي يحتاج الى الفرق أيضا فانه لم يعتبر به هنا حالة الرى ولا حالة الاصابة وفيما
تقدم مع أبى يوسف رحمه الله محمد رحمه الله ان نهاية الجنائية بخالفة للبدية إنما يمكن اعتبارهما مع الان ذلك
يوجب ان يكون الواجب مشترك بين المولى والعبد والفعل لم يتقدمو جبال هذا ولا اعتبار أحدهما دون
الآخر فيصير الى ما ذكر من اعتبار الفصل بخلاف الاول فانه بالارتداد يكون مبرئا فيسقط الضمان (قوله
وزفر رحمه الله وان كان يتخالفنا في حق وجوب القيمة) أى يجب الدية عنده نظرنا الى حالة الاصابة (قوله ومن
قضى عليه بالرجم فرما رجل ثم رجع أحد الشهود) الى آخر الباب ففي هذه المسئلة كلها يعتبر حالة الرى

(وقوله بمخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا
لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهدا على
قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيها يوجب قطع
السراية لاختلاف نهاية الجنائية وبدايتها فان ذلك
بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم
تحققه في المتنازع فيه لان
الرى قبل الاصابة ليس
بائتلاف شئ منه لعدم أثر
منه في المحل وإنما تقل به
الرغبات فلم يخالف الانتهاء
الابتداء فتجب قيمته للمولى
وزفر وان كان يتخالفنا في
وجوب القيمة يعنى ويقول
بالدية نظرنا الى حالة الاصابة
فالخبرة عليه ما حققناه والباقي
ظاهر الخ والله سبحانه
وتعالى أعلم

* (كتاب الديان) *

ذكر الديان بعد الجنائيات
ظاهر المناسبة لما أن الدية
أحدى موجي الجنائية
المشروعين للصيانة لكن
القصاص أشد صيانة فقدم
ومحاسبها محاسب القصاص
والدية مصدر من ودي
القاتل المقتول إذا أعطى
وليه المال الذي هو بدل
النفس كالعقد من وعد
قال (وفي شبه العمدية
مقايض) شبه العمد قد
تقدم معناه وحكمه الدية
المغلظة على العاقلة وكفارة
على القاتل وقد بيناه في أول
الجنائيات

* (كتاب الديان) *

قال الذي يلقي الدية هي اسم
للمال الذي هو بدل النفس
ومصدر يقال ودي القاتل
المقتول دية إذا أعطى وليه
ذلك سمي ذلك المال بالدية
تسمية للمفعول بالمصدر
والأولى أن يقال الدية هي
المال الواجب بالجنائية في
نفس أو طرف (قوله لما
أن الدية إحدى موجي
الجنائية المشروعين للصيانة)
أقول فإن قيل إذا كانت
الدية إحدى موجيها ينبغي
أن تذكر في كتابها في باب
مستقل ولا تجعل كتابا على
حدة قلنا نعم لأنه نظر إلى
عموم مباحثها وعموم
موادها وكثرة الاختلافات
فيها ولهذا عنون بمجد كتاب
الجنائيات بكتاب الديان وذكر
أحكام الجنائيات فيها من
القصاص وغيره

الرمي في حق الحبل والحرمة إذا الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلاها عنده (ولو رمي المحرم صيدا ثم حل
فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وإن رمي خلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه) لأن الضمان إنما يجب بالتعدي
وهو رميه في حالة الأحرام وفي الأول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلماذا افترقا

* (كتاب الديان) *

قال (وفي شبه العمدية مغالطة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنائيات

أن يتوهم أن هذا الكلام ينافي ما قاله في صدر دليلهما من أنه يصير قاتلا من وقت الرمي فإن القتل لا يتصور
بدون اتلاف شيء من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو أنه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي
من جهة استناد الحكم إلى وقت الرمي عند الاتصال بالحبل وقد أشار إليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب
الرمي عليه لا الاتلاف عند الاتصال بالحبل بطريق استناد الحكم إلى وقت الرمي فسكاته وجد من ذلك الوقت
انتهى

* (كتاب الديان) *

قال الشراح ذكر الديان بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية إحدى موجي الجنائية في الآدمي المشروعين
صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول بردي على ظاهر هذا الوجه أنه انما يقتضي أن يذكر
الديان في كتاب الجنائيات كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنائيات ليكون كل
منها موجب الجنائيات لأن يجعل الديان كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب أن مقصودهم
هنا بيان وجعنا نسبة ذكر الديان بعد ذكر الجنائيات وهذا المقصود يحصل بما ذكره وقطعنا عما جعل الديان
كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فله وجه آخر لم يذكره أصالة وهو أنه لما كثرت مسائل الديان
ومباحثها استحققت أن تجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة إلى سائر شروط الصلاة
وكتاب الصرف بالنسبة إلى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره
وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديان على كتاب الجنائيات والشيخ أبو جعفر
الطحاوي قدم القصاص على الديان ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص
والديان والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الديان ولم يسم كتاب الجنائيات أصلا عما تلان
أحكام الجنائيات هي الديان فإن القصاص لا يجب إلا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطأ
وفي شبه الخطأ وفي القتل بسبب وفي العمد أيضا إذا تمكنت فيه الشبهة فرج جانب الدية في نسبة الكتاب
إليها ثم إن الدية مصدر ودي القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك
المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتل
جمعها ديات وقال في الصحاح وديت القتل أدبه دية إذا أعطيت دية وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل
النفس والأرواح اسم للواجب على ما دون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون
الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجي في الفصل الآتي من أن في المارون الدية وفي اللسان الدية
وفي اللحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذك الدية
وفي الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد في
الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان

بالاجماع فظهر من هذا أن المعتبر حالة لرمي عندهما أيضا إلا أن المرعى إليه فيما إذا رمي مسلما فارتد ثم أصابه
صار مبرئا لرامي عن ضمان الجنائية فلم يجب شيء بخلاف هذه المسائل والله أعلم بالصواب

* (كتاب الديان) *

الدية لغة مصدر من ودي القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل للمال الذي هو
بدل النفس الدية تسمية بالمصدر والأرواح اسم للواجب على ما دون النفس (قوله وقد بيناه في أول الجنائيات)

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة الآية (فإن لم يجد فصيام شهر من متتابعين)
بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولأنه جعل المذكور كل
الواجب بحرف الغاء

الدية وفي المأثر الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم رضي الله
عنه كما سمي فلا يظهر في نفسه ير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخر آياته بعد أن ذكر مشل ما ذكر في المغرب
وعامة الشرع قال والدية اسم لضممان يجب بمقابلته الآتي أو طرف منه سمي بها لأنها تؤدي عادة لانه فلما
يجري فيه العفو لعظم حرمة الآتي انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة
الآية فإن لم يجد فصيام شهر من متتابعين بهذا النص قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وكفارته عتق
رقبة مؤمنة لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة إلى قوله فإن لم يجد فصيام شهر من متتابعين الآية وهو نص في
كونها بالتحرير وأما الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف اهـ أقول
أحل الشراح المذكور بحق المقام في تحريره هذا أما أولاً فلأنه خص بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق
رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فخر برقبة مؤمنة إلى قوله فإن لم يجد فصيام شهر من متتابعين دليلاً عليه فقد
قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهر من متتابعين إذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث
جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فخر برقبة مؤمنة إلى قوله فإن لم يجد فصيام
شهر من متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فخر برقبة مؤمنة وحده وإنما قوله تعالى فإن لم يجد فصيام
شهر من متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكره في المدعي بخلاف تحرير المصنف فإنه بين
كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قاله وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فإن لم يجد فصيام شهر من
متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الأول لقوله تعالى فخر برقبة مؤمنة
ولم يذكر آخر الآية وقال في تعليل الثاني بهذا النص أي بأخر هذا النص وهو قوله تعالى فإن لم يجد فصيام
شهر من متتابعين وأما ثانياً فلأنه قال وهو نص في كونها بالتحرير وأما الصوم فقط وفرغ عليه قوله فلا يجزئ فيه
الاطعام فإن كان مداره فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير وأما الصوم فقط وكذا مدار التفرع في
قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصص التحريم والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان
ذلك قولاً بفهم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وإن كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال
بالآية المذكورة على عدم أجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الغاء
وقوله أولئك كل المذكور على ما عرف كان قوله لأنه لم يرد به نص الخ بعد تفرع عدم أجزاء الاطعام على
ما قبله كلاماً مختلاً إذ يكون المفرع عليه اذ ذلك دليل على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل
تفرع المدعي على الدليل فلا يحرم يصير قوله لأنه لم يرد به نص الخ دليلاً آخر على ذلك المدعي فيجب فيه زيادة
وأما العطف بأن يقال ولأنه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف
فأنه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كلاماً مبتدأ مطلقاً بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما
نرى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلاً (قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الغاء) قال الشراح يعني أن
الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء أدلواً لم يكن كذلك لالتباس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء
ومثله محل اهـ أقول يشكك هذا بالحرمان عن الميراث فإنه جزء القتل أيضاً العمد وشبهه والخطا وشبهه كما
مر في أول كتاب الجنائيات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله)

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة)
لقوله تعالى فخر برقبة
مؤمنة) إلى قوله تعالى
فإن لم يجد فصيام شهر من
متتابعين الآية وهو نص
في كونها بالتحرير وأما
الصوم فقط (فلا يجزئ فيه
الاطعام لأنه لم يرد به نص
والمقادير تعرف بالتوقيف)
وقوله (ولأنه جعل المذكور
كل الواجب) استدلال من
الآية بوجهين آخرين
أحدهما بالنظر إلى الغاء
وذلك لأن الواقع بعد فاء
الجزاء يجب أن يكون

أي يبين شبه العمد (قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الغاء) يعني أن الغاء للجزء وجزءاً بالهمز
أي كفي وإنما يكون كافياً إذا كان المذكور كل الواجب أدلواً كان شيء آخر واجباً لسكان المذكور
بعض الجزاء أولئك كل المذكور فلو كان شيء آخر واجباً والموضع موضع الحاجة إلى البيان لكان

كل الجزء اذ لم يكن كذلك لا لتبس فلا يعلم انه هو الجزء أو بقي منه شيء ومثله غل الأثرى أنه لو قال لا امر أنه ان دخلت الدوافع طالق وفي نيته أن يقول ويصدي حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزء الا المذكور لا يحتل الغهم والاخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير من اذ المذكور لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت (٢٠٦) في موضع الحاجة الى البيان بيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (ويجزيه

أول كونه كل المذكور على ما عرف) (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطأ) لما تلونا (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعة عشر وخمسة عشر بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي أن ثلثا ثلاثون جذعة وثلثا ثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلقت في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها

أول كونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير من اذ المذكور لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكر أنه غير من اذ ان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لا نأقول ثمة وجد بيان بنص آخر وأقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد اه أقول في كل من جوابه نظراً في الأول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقص وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير الى الاستدلال بالوجه الأول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلاً مستقلاً بل يلزم أن يكون مستنداً كما في الثاني فلان اللازم للعجب دفع النقص عما ذكر في الكتاب لانه هو المرد للسؤال ولا شك أن ما ذكره في معنى على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فمبطل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أول كونه كل المذكور أي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني أقول ليس ذلك بسديد لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى إنما هو تحرر برقة متو من توصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي وليكون ما ذكرنا من التحرر والصيام كل المذكور

مذكوروا وحيث لم يذكر علمنا أن المذكور كل الواجب وهذه قضية متلقاة من جهة الشرع فينتهي الى ما هنا من الشرع اليه ولا يقال بان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقوله عليه السلام الا ان قتل خطأ العمد الحديث ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لا نأقول ثم وجد بيان بنص آخر وأقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد (قوله ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم لانه مسلم به) لا يقال بان الاعمان منصوص عليه فيعتبر السكوت كافلاً في قبض الهبة لا نأقول ذلك فعل حسبي وهذا وصف (قوله وهو الكفارة في الخطأ) أي عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد هو الكفارة في الخطأ (قوله وديته عند أبي حنيفة رجة الله) أي دية شبه العمد (قوله كلها خلقت) الخلقة الحامل من النوق وجهها من غير لفظها مخاض وقد يقال خلقت وقوله في بطونها أولادها صفة مقررة كافي قوله عليه السلام ما بقية الفرائض فلا ولي رجل ذكر

وضيع أحد أبويه مسلم) لان شرط هذا الاعتناق الاسلام وسلامة الأطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذ اظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فحرر برقة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعة عشر وخمسة عشر بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلقت في بطونها أولادها) والخلقات جمع خلقة وهي الحوامل من النوق فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها

قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رجة الله تعالى) أقول قال السكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والجوامع والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً للعامة الروايات اه يشهد لها قوله ولها حين شرع في تقرير دليلها

(ولان ديشبه العمد أغلط) يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه نجب أجناسا (وذلك) أي كونه أغلط (فبما قلنا) لاننا نقول أن ثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولابي حنيفة وأبي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمرو زيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال على يجب أن ثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلقة وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعا والرأي لمدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارض المارو ياهواذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم وألف دينار وقال (٢٠٧) سفیان الثوري والحسن بن صالح تغليظ النوعين الآخرين

أي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطأ الى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فزاد على أسنان دية الخطأ زاد على عشرة آلاف درهم أن كان الرجل من أهل الورق و زاد على ألف دينار أن كان من أهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جنائيه وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الحجر من فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عمد الاثلاث وخطأ في باب الغرم سواء ولا دلالة لتسلا بنطس المقدار الثابت بصرح النص بالدلالة وقوله (ما قلنا) إشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله (ما بيننا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات قال (والدية في الخطأ ما نضمن

وعن عمرو رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد أغلط وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كذا كذا وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطأ نجب بالدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بيننا من قبل قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أجناسا عشر ون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قتل خطأ أجناسا على نحو ما قلنا ولان ما قلناه أخف فكان ألبق بحالة الخطأ لان الخطأ مذكور

(قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيها قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ لما قلنا) أقول اقاتل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جنائيه شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومما يضاف أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغاظة على العاقلة وكفارة على القاتل حيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيره أن يكون دية في شبه العمد لا تنفاه ما هو المعترف به دية وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي عليه السلام قضى في قتل قتل خطأ أجناسا على نحو ما قلنا) أقول فيه شيء وهو أن ابن مسعود وان روى قضاء

(قوله ولان دية شبه العمد أغلط) أي من دية الخطأ (قوله لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ) فان عمرو زيدا والمغيرة بن شعبه وأبا موسى الأشعري رضي الله عنهم قالوا كذا كذا ومحمد والشافعي رجعوا عنه وقال على رضي الله عنه نجب أن ثلاثا وثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلقة وقال ابن مسعود رضي الله عنه يجب أرباعا كذا كذا واذكر في شرح الاقطع ما رواه محمد والشافعي رجعوا عنه الله ثم قال هذا الخبر معارض لقول ابن مسعود رضي الله عنه ولا مدخل للرأي في تقدير ان الشرع فلا بد من أن يكون مسموعا واذا تعارض الخبر ان كان الأخذ بالمتيقن أولى وفي المبسوط والمعنى فيه انه انما يجب بالدية عوضا عن المقتول والحامل لا يجوز أن يستحق في شيء من المعاوضات لو جهن أحدهما ان صفة الجمل لا يمكن الوقوف على حقيقةها والثاني ان الجنين من وجه كالمفصل فيكون هذا في معنى إيجاب الزيادة على المائة عدد او بالاتفاق صفة التغليظ ليست من العدد بل من حيث السن ثم الديار تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن أخذ الخواص في

الابل أجناسا) قيل منصوب باضمار كان ويجوز أن يكون سالما من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى في قتل قتل خطأ أجناسا على نحو ما قلنا به ابن مسعود وعن على أنه أوجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف إلا بالاسماء

(قوله وذلك أي كونه أغلط فيما قلنا لانا نقول أن ثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول يعني والاول أكل في الغلظة (قوله لانه يأبى التغليظ) أقول ولنا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

لكن ما قلنا أخف وكان أولى بحال الخطلان الخاطي معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن محاض والحجة عليه ما ذكرناه أنه ألبق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدينة في قنيل بعشرة آلاف درهم فتعارضا فيحتاج إلى تأويل وذكر المصنف تأويل ما ذكره (٢٠٨) الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه

فأبطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحها والحجاب عن الأول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا

غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن محاض والحجة عليه ما روينا قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى بالدينة في قنيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الآن علي بن رضى الله عنه كان يقول بالدينة في الخطا مائة من الأبل أو بأعاجس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنسة لبون وخمس وعشرون ابنة محاض ذكره أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غايه البيان وغيرهما من الشروح والمقادير لا تعرف الأسماء فكان كل فروع فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه ألبق بحال الخطا السكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه عن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الأبل في دية الخطا ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لأنه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف الآن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان ألبق بحال الخطلان الخاطي معذور بشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان وبالجملة في تحرير المصنف هنا فروع كما كتو كان صاحب العناية تنبئه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن علي رضي الله عنه لكن ما قلنا أخف فكان أولى بحال الخطلان الخاطي معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن محاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرهما المقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال إذا الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق الصدقات لانهم من كرائم أموال الناس فكذلك في الديارات وهذا لأن في شبه العمد الدية تجب على العاقلة بطريق الملة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات (قوله فيعارض به) أي ما رواه الشافعي رحمه الله يعارض بقول ابن مسعود رضي الله عنه لأنه كالمرفوع وما روي سابقا (قوله ولأن ما قلناه أخف) وهو أقامة ابن محاض مكان ابن لبون (قوله والحجة عليه ما ذكرناه) وهو رواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى في قنيل قتل خطا انخاسا على نحو ما قال باقامة ابن محاض مكان ابن لبون (قوله وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة) فإن قبل اثنا عشر بوزن ستة يكون أكثر من عشرة آلاف أيضا فكيف يفيد هذا التأويل قلنا قال الشيخ الإمام المعروف بجواهر زاده يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة بما كان قريبا منه كما يقال فلان يملك مائتي درهم إذا كان يملك قريبا من ذلك (قوله

قال

الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول قال الاتقياني أي الحجة على الشافعي قول

ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين إلى قوله وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا) أقول قال الذي يلي وإذا حل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الجمل أوجه وقال الزيلعي كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنابر وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنابر وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنابر

وقوله (ولا تثبت الديانة الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالها) أي من هذه الانواع الثلاثة وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما الزاروردها هو المختار وقيل في ديوانا قيص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما اظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذکور في كتاب الدييات يجوز كالمو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كالمو صالح على أكثر من مائتين الابل وقوله (لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل (٢٠٩) البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه

ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة (ولابي حنيفة أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك أجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالاتار المشهورة) كما رويها (وعند مناهي غيرها) فان قيل فليطبق بها دلالة قلنا حتى ثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذ كرفي المعاقل) أي في معاقل المبسوط أو رد هذا شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الديانة الا من هذه الانواع الثلاثة ووجهه ورودها أن مجدا ذ كرفي المعاقل أنه لو صالح الولي من الديانة على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر

قال (ولا تثبت الديانة الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالها) أي من هذه الانواع الثلاثة وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمره رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالاتار المشهورة وعند مناهي غير هاذ كرفي المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرفع الخلاف وقيل هو قولهما

عليه بمننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والغضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح أن يكون مأخذا المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روي مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطاء عشرين بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كذا ذكر في غاية البيان فليتم في التوجيه (قوله ولا تثبت الديانة الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالها) ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما اظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذکور في كتاب الدييات يجوز كالمو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كالمو صالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول لبت شعري ما بالهم صورا واهلهم فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصره وافية بكافة انما مع كون ظهور فائدة في غير هذه الصورة أو ظهور أو جلي فان للقاتل الخيار في أداء الديانة من أي نوع شاء من أنواع الديانة لا من غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يمكن من أدائها من الأنواع الثلاثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الدييات لا يمكن من أدائها الا من هذه الأنواع الثلاثة (قوله وذ كرفي المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أو رد قوله وذ كرفي المعاقل أي في معاقل المبسوط شبهة على

كل حلة ثوبان) الحلة ازاروردها هو المختار وقيل في ديوانا قيص وسراويل (قوله وذ كرفي المعاقل) أي في كتاب المعاقل من المبسوط انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة الى قوله لا يجوز أو رد هذا على طريق الشبهة على قول أبي حنيفة رحمه الله أي ما ذكر في كتاب المعاقل دليل على أن هذه الاصناف في الديانة أصول

(٢٧ -) (تكملة الفقه والكفاية) - (تاسع) الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الأصول المقررة في الديانة عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا أرى محتملا لانه يناقض رواية كتاب الدييات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما وحل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عن روايتين

(قال المصنف وقالها من البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبني على أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يجبر القاتل الا فيها بخلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الدييات) أقول يرتفع التناقض بالرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع إذا لم يدخل للرأي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا ينصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا ينصف وكذا في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول إنما تعاقل الرجل إلى ثلث ديتي يعني إذا كان الأرض بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فإن زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتباراً بهما بالثلث وما فوقه والصواب (٢١٠) أن يقال اعتباراً بهما بما فوق الثلث وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي قال محمد

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم والنبي عليه السلام وقال الشافعي ما دون الثلث لا ينصف وأما ما فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه وأخيه عليه ما رويناه بعد ممولاً حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزاء اعتباراً بهما بالثلث وما فوقه

ماروى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة وتوهموا أنها من محمد إذ كره في المعاقل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الأصناف الثلاثة أيضاً من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضاً وذلك الجواب بوجهين أحدهما يصحح الشبهة برفع الخلاف وثانيهما برفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما ثم إن صاحب العناية قد دلل على أن الأول منهما حديث قال ولا أرى محتملاً لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفاً انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول محض رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات إنما ينفي في محضته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه يدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما أنه صحيح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الأنواع أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الأموال المقدرة انتهى وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعزى في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بغض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الأول يرتفع التناقض بالحل على الرجوع إلى قولهما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المزبور وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن ما له أن يكون في المسئلة عنده روايتان ويكون المروي في أحدهما قوله الأول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجى إليه وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورد أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنده روايتان انتهى ومدار رده أخذ ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة برفع الخلاف كذا كره الشراح وذلك لا يتصور إلا بان ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فبإدراك في المعاقل والالات تقرروا الشبهة بل ترتفع بالحل على القولين منه تفكرت فيهم (قوله ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل) وقد ظهر أثر النقصان

مقدرة عنده كجهي عندهم إذا كان بدلاً لجزء كل واحد على بدل آخر فأجاب عن الشبهة بوجهين أحدهما أنه صحيح رواية كتاب المعاقل وقال لا خلاف بينهم وأن هذه الأصناف من الأصول المقدرة أيضاً والثاني أنه لم يصحح الشبهة وقال الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب وما ذكر في المعاقل محمول على قولهما والجواب عن قضاء عمر رضي الله عنه بمثل أن عمر رضي الله عنه إنما قضى بذلك بطريق الصلح بعد ما قضى بالبراهم أو الدنانير إذا صلح من الدية على مال آخر جائز (قوله وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا ينصف وأما ما فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه) أي ما دون ثلث دية الرجل وللشافعي رحمه الله في الثاشر روايتان وكان زيد

في الأصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك تأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها ينصف وما دونه لا ينصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصح قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية وبما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فحين قطع أصبع امرأة قال عليه عشر من الأبل قلت فإن قطع أصبع منها قال عليه عشرون من الأبل قلت فإن قطع ثلاث أصابع قال عليه ثلاثون من الأبل قلت فإن قطع أربع أصابع قال عليه عشرون من الأبل قلت سبحان الله لما كثرت ألهامها واشتد مصابها قل أوشها قال أعراق أنت فقلت لأبل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال أنه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة إذا أطلقت فأراد

بها سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخيه عليه ما رويناه به مومة وأن حالها أنقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتاً أقل لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزاء اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل والحديث المروي نادراً ومثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن إثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنة يريد به سنة زيد فإن كبار الصحابة أفتوا بخلافه

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الأرض إذا كان مصابها أكثر من مصابها أشد

ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها قال (ودية المسلم والذي سواه) دية الذي كدية المسلم رجالهم كرجالهم وذاؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدلل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة بقوله تعالى أن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستويون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ولأن نقصان الكافر فوق نقصان الأئمة وبالأئمة تنقص الدية فبالكفر أولى وبأن الرق أثمن أن نار الكافر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهم لا يعارضان قوله (٢١١) تعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله

والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بأنه مفهوم بخالفوه وليس بحجة وعن المعقول بأن النقصان بالأئمة والرق من حيث النقصان في المالكية فإن المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتأب أحد أن نفس كل شخص أعز من ماله من المال والذي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا تلفت في النفس أولى وإن لم يكن لنافي المسئلة الاماروي الزهري أن دية الذي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدماؤنا وأموالهم كاموالنا وما روى عن ابن

قال (ودية المسلم والذي سواه) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده ثمان غشراً ألفاً وللشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما روى الشافعي رحمه الله لم يعرفوا به ولم يذكروا في كتب الحديث وما روى عنه أشهر مما روى وأما مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

بالنصف في النفس فكذلك في أطرافها وأجزاء اعتبارها وبالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم إن صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذلك في أطرافها وأجزاء اعتبارها بالثلث وما فوقه لا يلزم مخالفة التبعية للأصل وتبعه العيني أقول لما عني أن يمنع بطلان اللزوم إذا انحذروا مخالفة التبعية الذي هو الأطراف للأصل الذي هو النفس في بعض الأحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فادون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنائيات فلم لا يجوز مخالفة تبين النفس وما دونها في حكم الدية أيضاً

ابن ثابت رضي الله عنه يقول إنما تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها يعني إذا كان الأرض بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فإن زاد على الثلث فحينئذ خالفها فيه على النصف من حال الرجال وبيانه فيما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال عليه عشرة من الأبل قلت فان قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الأبل قلت فان قطع ثلاثة أصابع قال عليه ثلاثون من الأبل قلت فان قطع أربعة أصابع قال عليه عشرون من الأبل قلت سبحان الله لما كثرت أفعالها واشتد مصائبها قل أرشها قال أعرابي أنت تقلت لأبل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال إنه السنة وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال السنة إذا طاعت فالمراد به سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا أراد به سنة زيد رضي الله عنه (قوله فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم) وهو ما روى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ودى العاهدين الذين كان لهم عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلها عمرو بن أمية بمائة من الأبل وعن الزهري أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذي مثل دية المسلم وعن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذي مثل دية المسلم وعن الزهري أيضاً كانت دية الذي مثل دية المسلم على عهد رسول الله عليه السلام وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وعن علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لئلا يكون دماؤهم كدماؤنا وأموالهم كاموالنا وما روى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار

مسعود دية الذي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذمياً قتل بمائة من الأبل لكان لئلا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على أحد

على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالموقوف على ما مر من أن الألام مدخل للرأي فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله عنه فالجواب الجواب (قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث مبيناً لا مراد (قوله في النفس أولى) أقول ولا ينقص بالمرأة ليهوتها بالآثار

* (فصل في مبادون النفس) * لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو مادونها قال (وفي النفس الذي يتوقد ذكرناه) وأعاد ذكر النفس في فصل مبادون النفس تمهيداً لذكر ما بعده وقوله ذكرناه يعني في أوائل الجنائيات ومعنى قوله في النفس التي يجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح حصل ومنه قوله عليه السلام في خمس من الأبل السائمة شاة وقوله (وفي المارن الدية) يعني في مبادون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما لا تافى له في البدن عضو كان أو معنى مقصوداً يجب بالتلافه كمال الدية ومن الأعضاء ما هو أفراد كالأنف واللسان والذي كرو منها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفنتين (٢١٢) واليدين وثديي المرأة والانتين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشعار العينين

* (فصل في مبادون النفس) * قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية) وفي الذ كرا الدية) والاصل في مبادون النفس في مبادون النفس الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمر بن خزيمة رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعته على السكال أو أزال جلالاً مقصوداً في الآدمي على السكال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجه وهو ملحق بالتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والأنف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجلال على السكال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الأذن لم يلد كرا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لأنه عضو واحد وكذا اللسان لغوات منفعته مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتغويت منفعته مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر تحجب وقيل ان قدر على أداء

* (فصل في مبادون النفس) * لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها في مبادون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتباع ذكر حكمها بوضاحتها بقا للمناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والأنف) قال في السكالي وغاية البيان نقصنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظراً لان الدية من القدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فالحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر تحجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق

* (فصل في مبادون النفس) * (قوله في النفس الدية) انما ذكر هذا تكميلاً لابتداء الحديث وهذا لفظ الحديث (قوله وقد ذكرناه) أي في أوائل الجنائيات وسعيد بن المسيب من التابعين وماري عن رسول الله عليه السلام فهو مرسل وهو حجة بالاجماع والمارن ما لان من الأنف والقصبة ما صلب منه فالجواب ان ما لا تافى له في البدن من أعضاء أو معان مقصودة فبالتلافه يجب كمال الدية والأعضاء على أربعة أنواع فمنها ما هو أفراد ومنها ما هو أزواج ومنها ما هو أرباع ومنها ما هو أضعاف فالتلافه التي هي أفراد ثلاثة الأنف واللسان والذي كرا فالتلافه كالتلافه النفس في أنه يجب بالتلافه كمال الدية لان في قطع الأنف تغويت جلال كامل ثم كالتلافه الدية بقطع جميع الأنف تحجب بقطع المارن لان تغويت الجلال به يحصل وكذلك في اللسان والذي كرا الدية على ما ذكر في السكالي والمعاني التي هي أفراد في البدن العقل والنفس والشم والذوق ففي كل واحد منها دية كاملة وأما الأعضاء التي هي أزواج في البدن العينان والأذان الشاخصتان والحاجبان والشفنتان واليدين وثديي المرأة والانتين والرجلان ففي قطعها كمال الدية وفي أحدهما نصف الدية وأما الأعضاء التي هي أرباع في البدن فهي اشعار العينين يجب في كل شفريرة ربع الدية على ما يبيح بيانه وأما التي هي اشعار في البدن فلا أصابع أي أصابع الرجلين وأصابع اليدين ففي قطع أصابع اليدين يجب كمال الدية وفي كل أصبع عشر

فأما عضو واحد فعندنا تلافه يجب كمال الدية وان كان قائماً بعضه ففي كل واحد منها نصف الدية وان كان قائماً بأربعة أكثرها أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قيل تقسم الدية على عدد الحروف) يعني على جملة الحروف مما يتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق

* (فصل ١) * في مبادون النفس (قال المصنف وفي النفس الدية) أقول أي يجب الدية بسبب اتلافها في السببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس الى قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل المقتضى بما رواه ابا ذر الواعظ في العين والسن والقطع والكسر

ومنهما ما هو أضعاف كاصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان (والاصل في الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعته على السكال أو أزال جلالاً مقصوداً في الآدمي على السكال يجب كل الدية) وقيل المنفعة والجمال بالسكال لان غير السكال لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تغويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة النخعي والعينين واليد السوداء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصص في العمد ولا الدية في الخطا لأنه لم يفوت جنس منفعته ولا فوت جلالاً على السكال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا أتلّف السكال فوجب فيه كمال الدية (لا تلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والأنف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو السكال

باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والشاء والجيم والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والظاد والطاء والظلام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف فاله يمكنه اتيان حرف منها (٢١٣) يلزمه ما يخصه من الذي تروى أن رجلا

قطع طرف لسانه وجل في زمان على رضى الله عنه فامرته أن يقرأ ببيت فكما قرأ حروفاً سقط من الدية بقدر ذلك ولم يقرأ أو جوب من الدية بحسبه وهذان يدل على صحة القول الأول وبه صحه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ملا يتقصر الى اللسان ان ثبات بدون اللسان لكن الالفهم الذي هو المقصود لا ينسب فيجب الامتناع بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقبل اذا صدق الجاني أو استخلفه على النبات وكل ثبت قوامها وقيل بتفسيره بالدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك بتفسيره الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى فان أجاب علم أنه يسمع وجبى الغاطي عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها خافه غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح

أكثرها يجب حكومة عدل الحضور الالفهم مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يغيب به منفعة الوطء والايلا وسأله البول والري به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الايلاج والدفق والقصة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لغوات منفعة الادراك الذية يتنفع بنفسه في معاشه ومعاذه (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمعه أو ذوقه)

باللسان هي الالف والتاء والشاء والجيم والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والظاد والطاء والظلام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والشاء وغيرهما ذكر وهو الالف والظا التي يتجهى بها الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كفي أول أخذ وأوسط سأل وآخر فقرأ الحرف الذي يتجهى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فتمشا نظر صاحب العناية بعدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه ذلك والهمزة بدل الالف كالأبجدي فان قلت الالف التي يتجهى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي تركب منها الكلام كما

الدية وأما الاعضاء التي هي تزيد على ذلك في البدن فهي الاسنان يجب في كل سن نصف عشر الدية وذكر الامام الترمذاني وفي آلة الخصى والعين ولسان الاخرس واليد والشلالة والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في عمده ولا الدية في خطائه ويجب فيه حكومة عدل (قوله وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان) الحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والشاء والجيم والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والظاد والطاء والظلام والنون فاله يمكنه اتيان حرف منها يلزم بحصته من الدية فالما الهوائية والحلقية والسفوية فلا تدخل في القسمة فالشغوية والميم والباء والحلقية العين والغين والغاف والاصل في هذا ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن على رضى الله عنه فامرته أن يقرأ ا ب ت ث فكل ما قرأ حروفاً سقط من دية بقدر ذلك ولم يقرأ أو جوب من الدية بحسب ذلك (قوله هو طريق الاعلاق عادة) وانما ساقده بالعادة لانه يتصور الاعلاق بالسحق الآنة في العادة انما يتحقق بالايلاج (قوله في معاشه) أي في دنياه ومعاذه أي آخرته (قوله وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمعه) أي يجب الدية بمقابلة فوات كل واحدة من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعاني فان قول المجنى عليه لا يقبل قلنا اذا صدق الجاني أو استخلفه فشكل يثبت فواتها ثم فوات البصر يعرفه الاطباء فنظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهم في ذلك حجة كذا في المبسوطة وذكر في الذخيرة فقال وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل وينادى فان أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب وحكي عن امم عيل بن حادان امرأة تطارشت أي أرث بها طرشا وهو نوع صمم في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها خافه غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وقال أبو يوسف رحمه الله في المنتقى لا يعرف ذهاب السمع فالقول فيه قول الجاني وأما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي طريقه ان يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمت عينه علم ان الضوء باق وان لم يدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه باق بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وقال محمد بن جرير في الاصل ينظر اليه اهل ذلك وان لم يعلم بماذا كثرنا بتفسيره الدعوى والانكار والقول قول الجاني مع عينه على النبات أما اليمين فلان المجنى

العين فان دمت عينه علم أن الضوء باق وان لم يدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه باق بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه ماله رائحة كبريت فان نقر عنها علم أنه لم يذهب شمه

(قوله أو استخلفه على النبات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استباح كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف (٢١٤) فلا يتبع طرفا آخر وهذا يدفع ما قيل لومات من الشبهة تلزمه الادية واحدة

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وفكر روي أن عمر رضى الله عنه قضى باربعة ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا حلققت فلم تنبت الدية) لانه يغوث به منفعة الجبال قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادى ولهذا يحلق شعر الرأس كله والحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة لولنا أن اللحية في وقتها جبال وفي جلقها تغوث به على السكال فحبب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جبال ألا ترى ان من عدمه خلقه يتكافى في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جبال وأما الحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجبال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعران معدودتان في حلقة) لان وجوده يشبه ولا يزيده (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخدود والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجبال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجبال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق أثر الجنابة ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جبالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير أوانه يشبه ولا يزيده ويستوى العمد والخطأ على

حقيقة صاحب الكشاف في أول سورة البقرة وجوه والشرح انما أعدوا الالف ونقاطه من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتبعه من الالفات قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفات مسامحة استعمالا للعرف في معنى السكامة كما نص عليه أيضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجى فان قلت لم يردوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك أن الفات من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجى كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي أن رجلا قطع طرف اسنان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامرته أن يقرأ ا ب ت ث فقامها قرأ حرفا سقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيره ما جازوا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل توقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجبال) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية

عليه يدعي موجب الجنابة والجنابة ينكر وأما على الابتات فلان هذا اليمين على فعل نفسه وهو اذ هاب بصرفه وطريق معرفة ذهاب الشمن ان يوضع بين يديه ماله رائحة كرهية فان تفرغ عن ذلك عرف انه لم يذهب شمه (قوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استباح كل منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادية واحدة لان الاطراف تتبع للنفس أما الطرف فليس يتبع للطرف الاخر فتعتبر كل واحدة منها بنفسها (قوله وفي شعر الرأس الدية لما قلنا) اراد به قوله لانه تغوث به منفعة الجبال وذكر الامام الترمذى رحمه الله قالوا لخلق رأس انسان ولم ينبت تجب الدية الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء ولا يطالب بالدية حال الخلق بل يؤجل سنة لتصوروا النبات وكذا خلق اللحية فان مات المخلق ورأسه أو لحيته قبل مضي السنة ولم ينبت لاشئ فيه موقالا حكومة عدل (قوله ويستوى العمد والخطأ) يعني كما يجب الدية في خلق الرأس والحية خطأ فكذا اذا ساقها ماعدا قبل وصورة خلقها خطأ أن يظنه مباح الدم فخلق الولي لحيته ثم ظهر

فبعثت هذه المنافع بدن الموت أولى فان في الموت استبعادون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر كذا كر في السكاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يغوث به منفعة الجبال قالوا لخلق رأس انسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الخلق بل يؤجل سنة لتصوروا النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شئ على الخالق وقال فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كما في الاذنين الشاخصتين) أي المرتفعتين وصغهما دفع ارادة السمع وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبارا بالدية في الحسر لغوات الجبال (والتخريج على الظاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويغوث به الجنائ وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كما تجب الدية في خلق الرأس والحية خطأ فكذا اذا ساقها ماعدا قبل وصورة خلقها خطأ أن يظنه مباح الدم فخلق الولي لحيته ثم ظهر

أنه غير مباح الدم قبل موجب القصاص موجود اذا كان عدما فالمنازع عنه مع الامكان وأجيب بان القصاص عقوبة هذا والعقوبة لا تثبت الا بالنص أو دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تغوث به الى الجراحة

(قوله يعني ليس فيها استباح كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل

هذا الجمهور (وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي وجهها الله تعالى بحكومة عدل وقدم الكلام فيه في اللحية قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الاثنين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجبال فيجب لكل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي ثدي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي احدهما نصف دية المرأة) لما فيه من تفويت جنس المنفعة حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجبال (وفي حلمتي المرأة الدية كاملة) اقوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احدهما نصفها) لما بيناه قال (وفي اشعار العينين الدية وفي احدها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للجوارح كالراوية للقربة وهي حقيقة البعير وهذا لانه يفوت الجبال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يدفع بالهدب واذا كان الواجب في الشكل كل الدية وهي أربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهداب افغية يتواجدة) لان الشكل كشى واحد وصار كالسار مع القصة قال وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل أصبع عشر من الابل ولان في قطع الشكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشار قال (وفي كل أصبع فيها ثلاثة اقسام) في احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان في احدهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال (وفي كل سن خمس من الابل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل

الكوسج على ثلاثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا بقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية يتنافى ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لجنته على ثلاثة اقسام في سياق كلامه أهم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة

الرأس واللحية خطا فكذا اذا حلقها ما عدا ثبوت الدية لا القصاص لان القصاص لا يجب في شيء من الشعور لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا أو دالة والنص انما ورد في الجراحات قال الله تعالى والجروح قصاص وهذا ليس في معناها لان الاحتياج في حلقها الى ايلام ولا يتوهم فيها السراية كما في الجراحات ثم قيل صورة حلقها خطأ هي ان يظنه مباح الدم فخلق الوالي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم (قوله يحتمل أن يكون مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل) ذكر في مبسوط شيخ الاسلام وجعل محمد رحمه الله الاشعار اسما للشعر التي نبتت على حروف العين وأطرافها وقد خطاه أهل اللغة في هذا وقالوا الاشعار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافها والشعر التي عليها تسمى الهدب قالوا وكأنه أخذ من شعر الوادي وهو جانب واحد فصيرت منابت الشعر اشعار لانها احدى الاجزاء ولكن مشايخنا قالوا بان الامر كما قالوا ان الاشعار اسم لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب لانه كثر بالاشعار عن الهدب لاتصال ومجاورة بينهما كما سمي القربة راوية وهي البعير الذي يستقى عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير وكما قيل لا مطر سماء ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا يجب في الشكل الدية وتجب في كل شعر ربع الدية ويستوي

والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه أمانة ذي الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا قال (وفي العينين الدية) الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشعار جمع شعر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لنخطة من خطأ محمد في اطلاق الاشعار على الاهداب قالوا الاشعار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافها والشعر التي عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب فيكون مجازا للمجاورة من ذكر المحلل واردة الحال ويحتمل أن مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجبال على الكمال على ما ذكر في الكتاب وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع) يعني أن (قوله وليس فيه أمانة ذي الروح) أقول أي ليس في الشعر روح

عشر الدينة الواجب بازاء كل أصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فإسافيه ثلاثه مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفاصل كان لكل منها مائة وعشرون قوله
(والاسنان والاضراس كلها سواء) (٢١٦) سواء) قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس

كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنتان وثلاثون أربع منها ثانيا وهي الاسنان المتقدمه اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها ربا عيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضوا حلك تلي الانياب واثنتا عشرة سناسمي بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعد هاسن وهي آخر الاسنان تسمى ضرر الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول في هذا النظر بما لغته مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن مافي الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة مافي الكتاب مع أن نصحه على طرف الثمام فان عطف الخاص على العام طريقه معروفه قد كرت مزينة في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فخازن يكون مانحن فيه من قبيل ذلك وبعده حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وماعدها من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ماعدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على مافي الكتاب فان الاضراس تم الانياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ماسوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيره فانه يعمد معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الايراد على مافي الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون مافي الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

ان ينتف الاهداب وأفسد الميت أو قطع الجفون كلها بالاهداب (قوله الاسنان والاضراس سواء) لو اقتصر على الاسنان لـ في لانه اسم جنس وفي المبسوط يستوي في ذلك الانياب والنواجذ والطواحن والضوا حلك ومن الناس من فضل الطواحن على الضوا حلك لاسافها من زيادة المنفعة ولـ سناسمي بالطواحن لان النبي عليه السلام قال في كل سن خمس من الابل من غير تفصيل ثم ان كان في بعضها زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال والجمال في الآدمي كالمنفعة حتى قيل اذا قلع جميع اسنانه فعليه ستة عشر الدرهم لان الاسنان اثنتان وثلاثون فاذا وجب في كل سن نصف عشر الدينه وهي خمسة هاتين بلغت الجملة ستة عشر الدرهم وليس في البدن جنس عضو يجب بنفويته أكثر من مقدار الدينه سوى الاسنان واذا قلع جميع اسنان الكوسج فعليه أربعة عشر الدرهم لان اسنانه تكون ثمانية وعشرين لماسحكي ان امرأة قالت لزوجهها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال بعد اسنانه فان كانت اثنتين وثلاثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج (قوله لان المتعلق فويت جنس المنفعة) أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدينه هو تفويت جنس المنفعة وتواتره أعلم بالصواب

كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنتان وثلاثون أربع منها ثانيا وهي الاسنان المتقدمه اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها ربا عيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضوا حلك تلي الانياب واثنتا عشرة سناسمي بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعد هاسن وهي آخر الاسنان تسمى ضرر الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول في هذا النظر بما لغته مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن مافي الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة مافي الكتاب مع أن نصحه على طرف الثمام فان عطف الخاص على العام طريقه معروفه قد كرت مزينة في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فخازن يكون مانحن فيه من قبيل ذلك وبعده حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وماعدها من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ماعدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على مافي الكتاب فان الاضراس تم الانياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ماسوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيره فانه يعمد معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الايراد على مافي الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون مافي الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

الصورة ليس متعلق وجوب الدينه بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين والحيية وليس أحدهما أولى باستباحه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه أجب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجمال تابع (قوله كما تقدم في حلق الحاجبين) أقول ولان أن تقول في الحاجب منفعة فانه برد العرق عن العين ويفرقه ذكره الكاكي لكنه كلام على الهند

ألا ترى أنه إذا قطع اليد السلاء تجب حكومه عدل لا الدية لان المقضود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجنايا من حيث تغويت الجال فاذا
اجتمعا جعل الجال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولي وقوله (لتغويت جنس
المنفعة) يعني منفعة النسل وقوله (لانه فون جالا على السكال) هو استقامة القامة (٢١٧) قبل وفي تفسير قوله تعالى لقد خلقنا

الانسان في أحسن تقويم
أي منتصب القامة وهي
تزول بالحدوبة

* (فصل في الشجاج) * لما
كان الشجاج نوعا من أنواع
مادون النفس وتكاثر
مسائل ذكره في فصل على
حد قال (الشجاج عشرة)
ووجه ذلك أن قطع الجلد
لا يمينه الشجة وبعد القطع
أما أن يظهر الدم أولا
الثاني هو الحارصة والاول
أما أن يسيل الدم بعد
الاطهار أولا والثاني هو
الدامعة والاول أما أن
يقطع بعض اللحم أولا
والثاني هو الدامية والاول
أما أن يكون قطع أكثر
اللحم الذي يمينه بين العظم

(قوله ألا ترى أنه إذا قطع
اليد السلاء تجب حكومه
عدل لا الدية) أقول ذلك
أن تقول انما لا تجب الدية
في اليد السلاء لان الزينة
فيها ليست بكاملة ألا ترى
أن الانسان يتجمل بها
عند من لا يعرف حالها
وأما عند من يعرف حالها
فلا مجال فيها إذا لم تكمل
الزينة لم يكمل الارش
بل وجب الحكومه (قوله
فاذا اجتمعا جعل الجال
تابعا أيضا) أقول لو كان

الدية لتغويت جنس المنفعة (وكذا لو أحده) لانه فون جالا على السكال وهو استواء القامة (فلو زالت
الحدوبة لاشي عليه) لزوالها لاعت أثر

* (فصل في الشجاج) * قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهي التي تعرض الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم
(والدامعة) وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم (والباضعة)
وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والملاحة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسحماق) وهي التي تصل الى
السحماق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموخجة) وهي التي توضع العظم أي تبينه (والهاشمة)
وهي التي تشمع العظم أي تكسره (والمقلعة) وهي التي تنفل العظم بعد الكسر أي تحوله (والأكمة) وهي
التي تصل الى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (في الموضحة القصاص ان كانت عمدا) لما روى أنه عليه
السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن أن ينتهي السكين الى العظم فينساويان فيتحقق القصاص

* (فصل في الشجاج) * لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله اجمعا وحكا ذكره
في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون
النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع مادون النفس في فصل وذكر سائر أنواعه التي ستجيء في
الفصل الآتي في فصل آخر أيضا لكان أحسن وأوفق لما هو المتعارف في نظائر الكلام لا يخفى (قوله والدامعة وهي التي
تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم) أقول تفسير الدامعة والدامية من
الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتمدة من النسخة كالبدائع والسكافي
وعامة الشروح واقضاه ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية توصيه به في شرحه
لمختصر الكرخي إلا أنه منطوق فيه عندي لانه مخالف للساد كفي عامة كتب اللغة المنوون بها فانه قال في
المغرب والدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدعى من غير أن
يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هي التي تدعى
من غير أن يسيل منها دم فإذا سال منها دم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة
من الشجاج بعد الدامية اه الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسجي من المصنف التصريح بان الحكم
في الشجاج مرتب على الحقيقة لا لغوية في الصحيح فلا مجال للعمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح
المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهم ما ما ذكر في المحيط البرهاني نقل عن الطحاوي
حيث قال فيه اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد ماخوذ من قوله هم حرص
القصار الثوب اذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره
الطحاوي وذكر شيخ الاسلام هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلا أو غير سائل ثم الدامعة وهي التي
تدعى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الاسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في
الدامية من السيلان ماخوذ من دم العين فكانها سميت بهذا الاسم لان الدم يصل الى صاحبه فتدمع عيناه
سبب ما يجب من الدم الى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباطعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) أقول

* (فصل في الشجاج) * (قوله والملاحة) في المغرب هي الشجة التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد
بشقها أي يتلاحم ويتلاصق قال الأزهري الأوجه أن يقال الملاحة أي القاطعة اللحم وانما سميت بذلك على
ما يؤول اليه أو على التفاؤل وفي المبسوط وروى عن مجرده انه ان الملاحة قبل الباضعة وهو اختلاف في

(٢٨ - تكملة الفخ والكفاية - تاسع) تابعا لم يجب شي بتغويته والله تعالى أعلم * (فصل في الشجاج) *
(قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف والموجود في الثلاث الاول ذلك (قوله والاول اما أن
يكون قطع أكثر اللحم الذي يمينه بين العظام) أقول ضمير بينه راجع الى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني

أول والثاني هو الباضعة والأول أمان أن أظهر الجلد الرقيقة الحائثة بين اللحم والعظم وأول والثاني هو المتلاجة والأول أمان يقتصر على الاظهار
أو يتعدى الأول هو السمحاق (٢١٨) والثاني أمان يقتصر على اظهار العظم وأول والأول هو الموضحة والثاني أمان يقتصر على

قال (ولا قصاص في بقية الشجاج) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لانه لا حد ينهى السكين اليه ولان فيما
فوق الموضحة كسر العظام ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية
يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب
نفسه وغورها بمسبوح ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيحقق استيفاء القصاص قال (وفيما
دون الموضحة حكمه عدل) لانه ليس فيها أرض مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما تقرر
عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال (وفي الموضحة ان كانت خطان نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآثمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نغذت فهما جائعتان
في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتتورون تابعه صاحب السكاني وكثير من المناخرين فيه لان قطع الجلد
محقق في الصورة الاولى أيضا سيما في الدامعة والدامسة اذا اظهر أن شيامن اظهر الدم واسالته لا يتصور
بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة وكان التفسير
المذكور شاملا لكل مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث
قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم أي
تقطعها انتهى ويعضد ذلك ما وقع في معتبران كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة هي
التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في الصحاح والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتنشق اللحم
وتدعى الا أنه لا يسيل الدم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتنشق اللحم شقا خفيقا
وتدعى الا أنها تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشبه الباضعة بالمتلاجة قال في السكاب والمتلاجة وهي التي
تاخذ في اللحم وهذا في الماء لعين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لا نقول من فسر الباضعة
بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاجة بما ذكر في السكاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا
وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيامن اللحم ثم
المتلاجة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيامن اللحم الى هنالقة المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي
تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاجة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب
والمتلاجة من الشجاج هي التي تنشق اللحم دون العظام ثم تلاحم بعد شقها أي تتلاحم وتتلاصق اه وقال في
الصحاح والمتلاجة الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاجة
أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى (قوله وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف
ماخذ الكلمة في الحكم فمعه درجته الله ذهب الى أن المتلاجة ما خذوة من قولك الخم السنان اذا اتصل
أحدهما بالآخر فالمتلاجة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعد ذلك ما تظهر الرواية المتلاجة
ما تعمل في قطع أكثر اللحم فهي بعد الباضعة والآثمة بالدم من أمه أي شحة آثمة وهي التي تبلغ أم الدماغ حتى
يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق وأم الدماغ الجلد التي تجمع الدماغ كذا في الصحاح (قوله ولان فيما فوق
الموضحة) أي فيما هو أكثر شجة من الموضحة وهو ما ذكره بعد الموضحة وهو ثلاثة الهاشمة والمنقلة والآثمة
(قوله وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة) أي قبل الموضحة كرا
ودون الموضحة أثرا وشحا وهو مستتم الحارسة الى السمحاق (قوله وفيما دون الموضحة حكمه عدل) أي
دون الموضحة من حيث الاثر والشجع ولكن قبل الموضحة من حيث الذكر وهو الحارسة الى السمحاق فلذلك
ذكره مرة بما قبل الموضحة ومرة بما دون الموضحة

كسر العظم وأول والأول هو
الهاشمة والثاني أمان
يقتصر على نقل العظم
وتحويله من غير وصوله الى
الجلد التي بين العظم
والسماغ وأول والأول هو
المنقلة والثاني هو الآثمة
وهي العائرة ولم يذكر
ما بعدها وهي الدامعة
بالعين المجمة وهي التي
تخرج الدماغ لان النفس
لا تبقى بعدها إذ فكان
ذلك قتلا لشجة على ما يجب
في السكاب وليس الكلام
فيه فقد علم بالاستقراء
بحسب الآثار ان الشجاج
لا يزيد على ما ذكر في السكاب
وقد علم بذلك حقيقة كل
واحدة منها ثم ذكر الحكم
بعد ذلك وهو واضح قوله
(ولان فيما فوق الموضحة)
يريد ما هو أكثر شجة منها
وهو الهاشمة والمنقلة والآثمة
وقوله (وفيما قبل الموضحة)
يريد الست المتقدمة عليها
من الحارسة الى السمحاق
والسبار ما يسير به الجرح
أي بقدر قدر غوره بمحذبة
أوغبرها والمراد بقوله
فيما دون الموضحة ما قبلها
وهي الست المذكورة
ووجوب حكمه عدل فيها
انما هو على رواية غير الاصل
وأما على روايته فقد قال

ففيها

يجب القصاص فيما فوق الموضحة وقوله (وفي الجائفة ثلث

وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد (قوله والأول أمان يقتصر على الاظهار) أقول أي اظهر
الجلد الرقيقة

الدية) قال في الايضاح
الجائفتما تصل الى الجوف
من الصدر والبطن والظهر
والجنبين والاسم دليل
عليه وما وصل من الرقبة
الى الموضع الذي اذا وصل
اليه الشراب كان مغطرا
وما فوق ذلك فليس بجائفة
قال في النهاية فعلى هذا
ذكر الجائفة هنا في مسائل
الشجاج وقع اتفاقا وذلك
لان الشجاج تختص بالرأس
والجهة والوجه والذقن
وقوله (وهذا اختلاف
عبارة لا يعود الى معنى)
يعنى يرجع الى ماخذ
الاشتقاق فعمد ذهب الى
أن المتلاحة مشتقة من
التعم الشان اذا اتصل
أحدهما بالآخر فالتلاحة
ما تظهر اللحم وتقطع
والباضعة بعدها لانها
تقطع وقوله (وأما اللحيان)
(قال المصنف وعن محمد أنه
جعل المتلاحة قبل الباضعة
الخ) أقول وعلى ما ذكره
محمد تقي التي تاخذ من اللحم
غير مذكوره الآن نعم
الباضعة كما ذكره الامام
الزليقي وغيره من الشراح
(قال المصنف ولانه انما ورد
الحكم فيها الخ) أقول دليل
على عدم جواز الحاق
الجراحة به اذ لا في قوله
ولانه تسامح (قال المصنف
وهو العضوان هذان
لا سواهما) أقول اليد
أيضا كذلك ثم الرأس
يستر غالبا بالعمامة نعم

ففيها مثل الدية) لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس
من الابل وفي الهاشمية عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الأستور وروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام
في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر رضى الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر ثلثي الدية ولا نها
اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية
فلهذا وجب في النافذة ثلث الدية وعن محمد أنه جعل المتلاحة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم
ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجرة
أخرى تسمى الدامخة وهي التي تصل الى الدماغ وانما يذكرونها لانها تقع قتلا في الغالب لاجنابتها متعة صرة
منفردة بحكم على جده ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى خراصة
والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرض مقدر
وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيها يختص به اوله لانها انما ورد الحكم فيها
لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منه في الغالب وهو العضوان هذان
لا سواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك

من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه
الشراب كان مغطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعر الجراحة الدرية بعد نقل ذلك فعلى
هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال في العناية بقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر
في الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف
الرأس أو جوف البطن يعنى أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في
الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مع اتفاقا (يقوله ثم
هذا الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعر الجراحة الدرية وكذلك تختص بالجهة والوجنتين
والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذ لا شك أن كلا من
الجهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بان حدة الوجه من فصاص
الشعر الى أسفل الذقن والى شصمى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجهة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح
فيما سأتى في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعر الجراحة الدرية أنفسهم أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف
والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضا عندنا خلافا لما لك يقول المصنف ثم هذه الشجاج
تختص بالوجه والرأس يشمل السك في بعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجهة والوجنتين والذقن
أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضى المغايرة لاحتمال (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي
يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة به اذ لا في قوله ولانه تسامح
انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرض
مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة
بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله في قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على
عدم وجوب أرض مقدر في الجراحة السكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ

(قوله وهذا اختلاف عبارة) أي اختلاف في ماخذ الكلمة لا يعود الى معنى وحكم أي لا يعود الى معنى مؤثر
يبنى عليه الاختلاف في الحكم (قوله والحكم مرتب على الحقيقة) أي فيما اذا كانت الشجة في الوجه
والرأس (قوله وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه) وفي الذخيرة والذقن من الوجه بلا خلاف والعظم
الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلاث في اللحيان كان لها أرض
مقدر عندنا خلافا لما لك رحمه الله وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان يفرض غسل اللحيان في الطهارة لانها

حتى لو وجد فيها ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر
فيهما الا ان عندناهما من الوجه لا اتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة
تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم بمحو
بدون هذا الاثر ويقوم به هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف
عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشبهة من الموضحة فيجب
بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لانس فيه يرد الى المنصوص عليه

دليل على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه بالاتساع أصلا ولعل ذلك البعض انما غره بقرير
صاحب الكفاي ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في
معناها حتى يلحق بهما لانهما وارد الحكم فيهما المعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء اثر الجراحة والشين انما
يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لنقرير المصنف شان آخر كما ترى (قوله الا
أن عندناهما من الوجه لا اتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال في النهاية
وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة لان ما من الوجه على الحقيقة الا انما
تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاي ومعراج
الدرية أيضا وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال فسل عليه فيجب أن يكون
غسلهما فرضا في الطهارة وأوجب بانما تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة
انتهى واقفى أثره الشارح العيني أقول في الجواب اشكال عندى لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة
كانا داخلين تحت قوله تعالى فاعسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع
وقد تقرر في أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف
جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الجائفة ان تناولت ما في جوف الرأس أيضا فالتى في
جوف الرأس منها ان كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فسامعنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر
تلك الأنواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما
معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هي
احدى تلك الأنواع وهو الامة بدلالة كون حكمها ثالث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع
أحكامها ايمان حال قسمها الذى في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذى في جوف الرأس لكنه تعسف
لا يخفى

من الوجه على الحقيقة الا انما تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة (قوله وقالوا
الجائفة تختص بالجوف) جوف الرأس أو جوف البطن وفي الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر
والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان
مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة وفي الذخيرة ولا تكون جائفة على الوجه وان نفذت الى القم وفيه حكومة
عدل (قوله وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم بمحو كالى آخره) فان كانت قيمته
من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ قيمته تسعمائة علمت أن الجراحة أوجب نقصان عشرة قيمته فأوجب
عشر الدية لان قيمة الجردية وبه أخذ من الأئمة الجلو ان رحمه الله وقال في فتاوى قاضيخان الغتوى على
هذا وأما تفسير ما قاله الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشبهة من الموضحة فيجب بقدر ذلك بيان هذا ان هذه
الشبهة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب
ثلث أرش الموضحة وان كان ربع الموضحة فيجب ربع أرش الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة فيجب
ثلاثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح كذا في الذخيرة

يريد به العظم الذى تحت
الذقن وقوله (وقد يتحقق
فيه معنى المواجهة) قيل
عليه فيجب أن يكون
غسلهما فرضا في الطهارة
وأوجب بانما تركنا هذه
الحقيقة بالاجماع ولا اجماع
ههنا فبقيت العبرة للحقيقة
وقوله (ثم ينظر الى تفاوت
ما بين القيمتين) مثاله ان
كانت قيمته من غير جراحة
تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ
تسعمائة علمت أن الجراحة
أوجب نقصان عشرة قيمته
فأوجب عشر الدية لان قيمة
الجردية قال قاضيخان
والغتوى على هذا وقوله
(ينظر كم مقدار هذه الشبهة
من الموضحة) بيانه أن هذه
الشبهة لو كانت باضعة مثلا
فانه ينظر كم مقدار الباضعة
من الموضحة فان كان
مقدارها ثلث الموضحة
وجب ثلث أرش الموضحة
وان كان ربع الموضحة
فيجب ربع أرش الموضحة
وان كان ثلاثة أرباع
الموضحة فيجب ثلاثة أرباع
أرش الموضحة قال شيخ
الاسلام هذا هو الاصح
لحديث على فانه اعتبر حكومة
العدل في الذى قطع
طرف لسانه بهذا الاعتبار
ولم يعتبر بالعيب
كشفه أكثر من كشف
سائر البدن

* (فصل) * قال (وفي أصابع اليد نصف اليد) لأن في كل أصبع عشر اليد على ما روينا في مكان في الجنس نصف اليد ولأن في قطع الأصابع تقويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر (فإن قطعها مع الكف ففقيه أيضا نصف اليد) لقوله عليه السلام وفي اليدين اليد وفي أحدهما نصف اليد ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف اليد وفي الزيادة حكومتعدل) وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنسكب وإلى التغذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف اليد وبإدغام لهذه الجارحة إلى المنسكب فلا يزداد على تقدير الشرع

* (فصل في الأطراف دون الرأس) * لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الأطراف بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور وإنما ينبغي في بعض منها دون الكل فالوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كذا كرفي ناية البيان أو ردها المصنف في فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المار من جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف اليد) أي في أصابع اليد الواحدة نصف اليد إذ في أصابع اليدين كمال اليد كقوله لقائل أن يقول لماذا ذكر فيها ما أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر اليد كان ذكر هذه المسئلة ههنا مستدرا كذا لا شك أن خمسة أعشار اليد نصف اليد فعلم قطعها ما أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف اليد ولولم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضا أن في الأصبعين عشر اليد وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار اليد وفي أربع أصابع أربعة أعشار اليد إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسئلة ههنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة آياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففقيه أيضا نصف اليد فالمتصور بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي أصابع يدي الكف ومعها نصف اليد (قوله ولأن في قطع الأصابع تقويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر) يعني أن قطع كلاهما تقويت جنس منفعة البطش وهو موجب اليد السكامة على ما مر في تقويت نصف منفعة البطش اللزوم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف اليد لا محالة ثم إن جهور الشراح قالوا قوله على ما مر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم اليد عليها أقول فيه بحث إذا الظاهر أن قوله على ما مر متعلق بقوله وهو موجب لا بما قبله والالتماس حق قوله وهو موجب أن يؤخر عن قوله على ما مر وإذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو موجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح إذ ليس في ذلك تعرض لما هو موجب لليد حتى يشار إليه هنا بقوله كذا وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو موجب على ما مر أي الموجب لليد تقويت جنس

* (فصل) * (قوله وفي أصابع اليد نصف اليد) أي اليد الواحدة (قوله على ما روينا) وهو ما ذكر في فصل ما دون النفس قوله عليه السلام في كل أصبع عشر من الأبل (قوله وهو موجب على ما مر) وهو قوله ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة إلى آخره (قوله لا وجه إلى أن يكون تبع للأصابع لأن يديهما عضو كامل) كالم يجعل إحدى اليدين تابعة للآخرى وأما قوله وإدغام هذه الجارحة إلى المنسكب وقال عليه السلام وفي اليدين اليد فإن اسم اليد متناول لهذه الجارحة من رؤس الأصابع إلى الأبط ولنا لأن سلم لما

* (فصل) * لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة (في أصابع اليد نصف اليد) لأن في كل أصبع عشر اليد على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل أصبع عشر من الأبل وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة الخ

* (فصل في أصابع اليد) * قال المصنف (وفي أصابع اليد نصف اليد) أقول ولا يعلم فيه خلاف

ولهما أن اليد آله باطشة والباعش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً
حق التضمين ولأنه لا وجهه إلى أن يكون تبعاً للاصابع لأن بينهما ماعضوا كمالاً ولا إلى أن يكون تبعاً
للكف لأنه تابع ولا تبع للتبع فإن (وان قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة فبغير
الدية وان كان أصبعين فالتبس ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقال ينظر إلى أورش الكف
والاصبع فيكون عليه أكثر ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء
واحد ولا إلى اهدار أحدهما لأن كل واحد منهما أصل من وجهه فربما بالكثر أنه أن الاصابع أصل
والكف تابع حقيقة وشرعاً لأن البطش يقوم بها وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشر من الأهل
والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من

وقوله (ولا تبع للتبع)
يعنى وإذا لم يكن تبعاً
للاصابع ولا للكف وجب
اعتباره على حدة لا وجه
لاهداره ولم يرد فيه من
الشارع شيء مقدر فيجب
فيه حكومة عدل وأوجب
عن قوله والبسادم لهذه
الجراحة بالمنع فان اليد اذا
ذكرت في موضع القطع
فالمراد به من مفصل الزند
كما في آية السرقة وقوله
(وان قطع الكف من
المفصل) واضح

المنفعة لا تغويت صورة الآله على ما مر في فصل فيما دون النفس اه أقول هذا أبعد مما ذهب اليه جمهور
الشراح لأن بيان كون الموجب للدية تغويت جنس المنفعة لا تغويت صورة الآله تماماً فائدة له أصلاً فيما
نحن فيه لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الاصابع تغويت
جنس منفعة البطش دون مجرد آله منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف هنا على ما مر إشارة
إلى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تغويت جنس المنفعة لا تغويت
الصورة كلاً فبما صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب بعض أوصاف ذهب
منفعته بدون أن يقطع فليبين كون الموجب للدية تغويت جنس المنفعة لا تغويت الصورة تأثير تام فائدة
ظاهرة هناك ثم أقول الأقرب إلى الحق عندى أن يكون قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في
أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والأصل في الأطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على السكال أو أزال
جبالاً مقصوداً في الآدمى على السكال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالتلاف من كل وجه
تغليماً لا آدمى اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية السكالة في الأطراف تغويت جنس المنفعة أو إزالة
الجمال المقصود في الآدمى على السكال فيناسب الإشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على
ما مر (قوله وله ما أن اليد آله باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع) أقول لقائل
أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول
قوله فيما قبل ولأن الكف تبع للاصابع لأن البطش به أن يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين
كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب السكالة في تغليته حيث غير تحرير المصنف هنا فقال له ما أن
أورش اليد انما يجب باعتبار أنه آله باطشة والأصل في البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا
يتبعها لأنه غير متصل به فلم يجعل تبعاً لها في حق التضمين انتهى ثم أقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف
أيضاً بنوع عنائي فهو أن يقدّر المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش به أي لأن أصل البطش به كما قال

أن اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به مفصل الزند بدليل آية السرقة كذا في المبسوط (قوله ولا إلى
أن يكون تبعاً للكف) أي لا وجهه إلى أن يكون تبعاً للكف لأن الكف تابع للاصابع ولا تبع للتبع لأنه
من حيث أنه تبع لا يجب للكف شيء ومن حيث أنه أصل للساعد يجب أن يجب له شيء فيؤدي إلى الجمع بين
الواجب وعدمه ولم يكن الساعد تبعاً إلى الاصابع ولا إلى الكف وجب اعتباره أصلاً لا وجهه إلى اهداره
ولم يرد من الشارع فيه شيء مقدر فوجب فيه حكومة عدل (قوله حقيقة وشرعاً) أما من حيث الحقيقة فلأن
البطش بالاصابع وأما من حيث الحكم فلأن الاصبع له أورش مقدر والكف ليس له أورش مقدر ومثبت
فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه من الشارع فهو ثابت بالرأى والرأى لا يعارض النص فكان
مأثبات فيه التقدير بالنص أولى وهذا لأن المصير إلى الرأي للضرر وهذه الضرورة لا تحقق عند ما كان
إيجاب المقدر بالنص

(وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أمان من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع وأمان من حيث الحكم فلان الأصبع له أرض مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأى وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير أصا وأولى فإن المعتبر إلى الرأى ضرورة ولا ضرورة عند إمكان إيجاب الأرض المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة التقدير الشرع نصا لم يفرق بين أن يكون الباقي من الأصابع واحداً أو أكثر لأن للأصبع الواحدة أو شامقاً مقدار فيجعل الكف تبعاً للأصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الأصابع في ظاهر الرواية لانه أرضاً مقدر أو ما بقي شيء من الأصل وإن قل فلاحكم للتبع وقوله (في الأصبع الزائد حكومة عدل) يعني سواء قطع عمداً أو خطأ وسواء كان للقطاع أصبع زائدة أو لا أما إذا لم يكن فلانه لا وجه إلى قطع أصبع أخرى فلا يجب (٢٢٣) القصص كن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصص ولم توجد لان قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الأصبع الغير الزائدة أرض مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة وأما إذا كان له أصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا بشرط جريان القصص ولم يوجد لما قلنا أن الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالخز والظن فلا يقين ثم وقوله (لانه جزء من يد ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه أنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فازالها ورجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وإن كان الشعر جزءاً من الأذى بدليل أنه لا يحل الانتفاع به وأجيب بان إزالة جزء الأذى إنما هو بحكومة

الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب إرض الأصابع ولا شيء في الكف بالاجتماع) لان الأصابع أصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها قال (وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل) تشرى باللازم لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة (وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي) وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعي يجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبهه بقطع المارن والاذن ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة فإذا لم يعلم صحته لا يجب الإرض الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاغية لان المقصود هو الجال وقد فوته على السكك (وكذا الواسم أهل الصبي) لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركت وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم في الكفاية. هـ. ن. ك. لان قوام البطش به ما فلا ينافي أن يكون بالكف أيضاً بطش في الجلبة بالبيعة فيرفع التدافع

(وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم) أي من حيث الحقيقة والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب لان المصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة لمساواة بين الرأى والنص فلا يصار إلى الترجيح هذا إذا بقي أصبع واحد أو ما إذا لم يبق من الأصبع المفصل واحد ففي ظاهر الرواية عند أبي حنيفة ترجحه الله يجب فيه أرض ذلك المفصل ويجعل الكف تبعاً له لان أرض ذلك المفصل مقدر وما بقي شيء من الأصل وإن قل فلاحكم للتبع كما إذا بقي واحد من أصحاب الخططة في الحلة لا يعتبر السكان وروى الحسن عن أبي حنيفة وجهه الله إذا كان الباقي دون أصبع فانه يعتبر فيه الأقل والاكثر يدخل الأقل في الأقل لأن أرض الأصبع منصوص عليه فالأرض كل مفصل غير منصوص عليه وانما اعتبر بذلك بالنصوص بنوع رأى وكونه أصلاً باعتبار النص فإذا لم يرد النص في أرض مفصل واحدة اعتبر فيه الأقل والاكثر ولكن الأول أصح كذا في المبسوط ثم علم انه إذا قطع الكف ولا أصابع فيها قال أبو يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل لا يبلغ بها الرض أصبع لان الأصبع الواحدة يتبعها الكف على قول أبي حنيفة رحمه الله فلا يبلغ قيمة التبضع قيمة المتبوع كذا في الإيضاح (وقوله وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل) أي سواء كان في العمد أو في الخطا وسواء فيما إذا كان للقطاع أصبع زائدة أم لا هكذا ذكر في الذخيرة ولا يقال بان قوله عليه السلام في كل أصبع كذا مطلق وهذا أصبع لانا نقول إنما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومنفاهم عند الناس والأصبع الزائدة ليست بهذه المثابة فلا يتناول النص (وقوله وكذلك السن الشاغية لما قلنا) إشارة إلى قوله لانه جزء من يده والسن الشاغية أيضاً جزء من يده (وقوله وفي عين الصبي) وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحته

عدل إذا بقي من أثره ما يشبهه كإني قطع الأصبع الزائدة وإزالة الشعرات تزيده لا تشينه فلا تؤجرها كالأوصاف نظير غيره بغير أذنه وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لانه جزء من يده فإن السن جزء من يده والسن الشاغية هي التي يخالف بنتها ثابت غيرها من الأسنان يقال وجعل أشعي وامرأة شغواء فانها وإن كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) إنما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام حتى لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن هذه الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ويجزى به وضيع

(قوله وأجيب بان إزالة جزء الأذى الخ) أقول وجوب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النص في القيمة وذلك بالنسبة لللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كالأختي (قال المصنف وقال الشافعي يجب دية كاملة) أقول قال الكاكي به قال أحمد والنوروي

قال (ومن شجر خلاف ذهب

عقله أو شعر رأسه) في هذا بيان أن الجزء قد يدخل في الكل قوله (فصار كما إذا

أوضحه فئات) يعني من حيث أن ذهب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه

بالهائم أو من حيث أن

العقل ليس في موضع يشار

اليه فصار كالروح للجسد

وقوله (وأرشد الموضحة

يجب بفوات جزء من الشجر)

ليبين الجزئية قوله (حتى

لونبت) يعني الشعر

(يسقط) يعني أرشد

الموضحة لبيان أن الارش

يجب بالفوات كذا في النهاية

وليس بمقتضى البه لكونه

معلوما وقوله (وقد تعلقا)

يعني أرشد الموضحة والدية

(بسبب واحد وهو فوات الشعر

لكن سبب الدية الكل

فدخل الجزئية في الجملة كما إذا

قطع أصبع رجل فشلت يده

لعموم الحديث قلنا نحن

منه لسان الاخرس اه وفيه

أنه لا يدفع عزم حديث

العين والدكر) قوله أو من

حيث أن العقل ليس في

موضع يشار اليه الخ) أقول

قال العلامة السكاكي

وفيه تأمل أذ بعض أهل

السنة قالوا يحمل العقل القلب

و بعضهم قالوا يحمله الرأس

انتهى فكان الاولى أن

يقال من حيث بطلان

منفعة جميع الاعضاء كما

قاله المصنف فشرح كلامه

بما ذكره لا يطابق المشرح

(٢) لم يلزم كذا بهامش

الاصل

البالغ في الهمد والخطا قال (ومن شجر خلاف ذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرشد الموضحة في الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما إذا أوضحه فئات وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لونبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد دخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منهما جناية فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنابات

(قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما إذا أوضحه فئات) أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مصادرا دخول أرشد الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيمادون النفس من أنه قدر وي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بأنه لو مات من الشجرة لم يلزمه الدية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) في ضربة ذهب بها العقل الدية واحدة قليلا تامل (قوله) وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لونبت يسقط) قاله صاحب النهاية أي لونبت الشعر والتأمت الشجرة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا أن وجوب أرشد الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لونبت يعني الشعر يسقط يعني أرشد الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمقتضى البه لكونه معلوما اه أقول ان قوله وليس بمقتضى البه لكونه معلوما ليس بشيء اذ لا ريب أن كون وجوب أرشد الموضحة بفوات جزء من الشعر لا يبعد تفريق الاتصال والايلام الشديد أمر في حد ذاته معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكره وفي فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرشد الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا يثبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم أي تبين ثم يبينوا حكمها بأنه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيمادون النفس فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا يثبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرشها أمرا خفيا يختص بالبيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لونبت يسقط وقال في السكاكي وجوب أرشد الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لونبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب أرشد الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لونبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك

(حكومة عدل) ولا يلزم جواز تحريم الرضيع عن الكفارة لانه مأمور بتحرير الرقبة والظاهر سلامته فيتحقق الامتثال بتحرير الرضيع فلا يجب غيره بالشك فاما الظاهر هنا لا يصلح حجة لايجاب القصاص والدية فلا يجبان بالشك على انه قال نحر الاسلام رحمه الله تعالى نحر ربه عن الكفارة أنه اعتق ثم عاش حتى ظهر سلامة أطرافه حتى لو مات قبل أن تظهر سلامة أطرافه لم يتأديه الكفارة فاما ههنا بالقطع تنقطع طريق معرفة السلامة فلماذا امتنع القصاص والدية (قوله ومن شجر جلا) أي موضحة فذهب عقله وشعر رأسه دخل أرشد الموضحة في الدية وقال زفر رحمه الله لا يدخل لانهما جنابتان مختلفتان فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنابات (قوله وارشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لونبت يسقط) أي لونبت الشعر والتأمت الشجرة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا أن وجوب أرشد الموضحة بسبب فوات الشعر وكذلك وجوب الدية أيضا بفوات الشعر كما علم بهذا ان سببهما شيء واحد وهو فوات الشعر ولما كان كذلك يدخل الاقل في الاكثر كما إذا قطع الكف مع الاصابع حيث يدخل موجب الكف وهو حكومة العدل في أرشد الاصابع وفي المبسوط وجوب أرشد الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لونبت الشعر والتأمت الشجرة فصار كما كان لا يجب شيء واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب مادونه باعتباره أيضا (قوله بسبب واحد) وهو فوات الشعر بالشج

وقوله (وجوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لأن بغوات العقل تبطل منفعة (٢٢٥) جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا

بسبب واحد وهو أشمل من
الاول وقوله (قالوا) يعني
المشايع (هذا قول أبي
حنيفة وأبي يوسف) قال
في النهاية ذكر أبي يوسف
مع أبي حنيفة وقع سهوا
الكونه مخالفا لجميع روايات
الكتب المتداولة فينبغي
أن يذكر محمدامكان أبي
يوسف كما هو في الإيضاح
أولا يذكر أحدا أصلا كما
هو رواية المبسوط وشروح
الجامع الصغير والذخيرة
والمغنى وهذا الذي ذكره
إذا كان خطأ وما إذا كان
عمدا يجب أرش الموضحة
ودية السمع والبصر عند
أبي حنيفة وعندهما يجب
القصاص في شعبة والدية
في السمع والبصر وقوله
(وجه الاول) هو أن أرش
الموضحة لا يدخل في الدية
الواجبة بذهاب السمع
والبصر والكلام وقوله
(على ما بينا) يعني قوله
لأن بغوات العقل تبطل
منفعة جميع الاعضاء وقوله
(وجه الثاني) يعني
قوله وعن أبي يوسف أن
السمع والكلام مبطل
يراد به الكلام النفسي
بحيث لا ترسم فيها المعاني
ولا يقدر على نظم التكلم
فان كان المراد ذلك كان
الفرق بينه وبين ذهاب
العقل عسرا جدا وان كان
المراد به التكلم بالحروف

وجوابه ما ذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول
أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشبهة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر
وجه الاول أن كلامه اجنابية فيمادون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن
منفعة عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطل فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر
فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شعر جلاموضحة ذهبت عيناه فلاقصا في ذلك) عند أبي حنيفة
قالوا ينبغي أن نجيب الدية فيهما (وقال في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن نجيب الدية في العينين قال
(وان قطع أصبع رجل من المفصل الاعلى فשל ما بقي من الاصبع أو اليد كماه الاقصا عليه في شئ من ذلك

من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية قيل يعني به قوله لأن بغوات العقل
تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول في قوله وهو
أشمل بحث لأن المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه
قوله فدخل الجزء في الجملة لأن الجزئية انما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشبهة لا في صورة ذهاب عقله
بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث
قال في شرحه قوله وقد تعلقا يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة
البعض وسبب الدية السهل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهي
صورة ذهاب شعر رأسه لأن قوله لأن بغوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء يختص بالمسئلة الاولى وهي
صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثاني أشمل من الاول والوجه عندى أن يكون مراد المصنف
بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليل المسئلتين فيثبتون جدا الشمول بلا غبار كما
لا يخفى (قوله وجه الاول أن كل واحد اجنابية فيمادون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف
العقل لأن منفعة عائدة الى جميع الاعضاء) قال في معراج الدراية قال الهندوا في كنفنا فرق بين هذا الفرق حتى
رأيت ما ينقصه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وأرش اليد بخلاف من أحذف لو كان
زال العقل كزال الروح والواجب أرش اليد كالمات والصحيح من الفرق أن الجنيا يتوقعت على عضو
واحد في العقل وقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور
في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندوا في كذلك ينتقض ما عده من يخامن الفرق بتلك المسئلة فان الجنابية
وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أرش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة
عضوا غائرا لعضو اليد فتكون الجنابية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسئلة
الشبهة أيضا لعضو غاير المحل الشبهة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجنابية
على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كفي السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندوا في يخامن الفرق هنا
لا يخلو عن الانتقاص أيضا فامل (قوله وجه الثاني أن السمع والكلام مبطل) قال صاحب العناية قيل
يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان
الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي حمله مبطلنا

(قوله وجه الثاني أن السمع والكلام مبطل فيعتبر بالعقل) فدخل أرش الشبهة في دية السمع
والكلام (قوله والبصر ظاهر فلا يلحق به) أي بذهاب العقل فلذلك لا يدخل أرش الشبهة في دية
البصر وقال في الإيضاح وهذا الفرق لا يتضح وذكر في المبسوط بعد ما ذكر تعاليل أبي يوسف رحمه الله
ولكننا نقول محل السمع غير محل الشبهة وكذلك محل البصر وتغويتم لا يتبدل النفس وانما نجيب الدية
لتغويت منفعة مقصودة فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشبهة (قوله قالوا وينبغي أن نجيب الدية في العينين)

(٢٢٦) - (تكملة العنخ والسكفاه) - (تاسع) والاصوات في جعله مبطلنا نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أي قال المشايخ (ينبغي
أن نجيب الدية فيهما) أي في العينين (والارش في الموضحة) وقال في الموضحة القصاص (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن نجيب الدية في العينين)

وقوله (لهما في الخلافة) أي فيما إذا شجع رجلا موضحة فذهبت عيناه (فلا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية وله) أي ولا يخيصة
(أن الجراحة الأولى سارية والجراحة (٢٣٦) التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية أذ ليس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا

وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فأسود ما بقي) ولم
يحك خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال قطع المفصل وترك ما ليس أو كسر القدر المكسور
وترك الباقي لم يكن له ذلك) لأن الفعل في نفسه ما وقع وموجب القود فصار كالوئجه منقولة فقال أشجع موضحة
وأترك الزيادة لهما في الخلافة أن الفعل في محلين فيكون جنائيتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تعدى
إلى الأخرى كن رمي إلى رجل عدا فاصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن
الجراحة الأولى سارية والجزء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولأن الفعل واحد حقيقة وهو
الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية
بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سارية صاحبه وبخلاف ما ذوق السكين على الأصبع لانه ليس فعلا
مقصودا قال (وان قطع أصبعها فسلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالاهما

نظر انتهى أقول يمكن أن المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنًا كون محلهما مستورا غائبا
عن الحس بخلاف البصر فإن عمله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله) وينبغي أن تجب الدية في المفصل
الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا
بسبب واحد فدخل الجزء في السكين كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده فان مقتضى ما سلفه أن يجب في السكين
الدية وقد دخل الجزء في السكين على خلاف ما ذكره ههنا اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين
على اختلاف الروايتين وفي المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في

أي قال المشايخ على قول أبي حنيفة مخرج الله إليه ينبغي أن تجب الدية في العينين والارش في الموضحة وقوله قالوا ينبغي
أن تجب الدية في العينين أي قال المشايخ على قول أبي يوسف ومحمد رجهما الله يجب القصاص في الموضحة والدية
في العينين وإنما كرر لفظ قالوا لأن الأول في قول أبي حنيفة مخرج الله والثاني في قولهما (قوله) لهما في
الخلافة أي فيما إذا شجع رجلا موضحة فذهبت عيناه قال في الموضحة القصاص والدية في العينين (قوله)
وله أن الجراحة الأولى سارية إلى آخره) أبو حنيفة مخرج يقول هذه جنائية وسراية بها وقد تعدت إيجاب القصاص
باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار أصلها كالأصبع مفضلا فسلت الأصبع وهذا لأن السراية أثر
الجنائية وهي مع أصل الجنائية في حكم فعل واحد والدليل على أنه سراية أن فعله أثر في نفس واحدة والسراية
عبارة عن آلام متعاقبة من الجنائية على البدن وذلك يتحقق في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في
الطرف مع أصل النفس إذا مات من الجنائية بخلاف النفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة
ليس بسراية الجنائية الأولى إذ لا يتصور السراية من نفس إلى نفس فلا بد من أن يجعل ذلك في حكم فعل على
حدة وهو خطأ ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه أو نقول إن ذهاب البصر هنا حصل بطريق التسبب والفعل بقى
منبجة على ما كانت الأصل في سراية الأفعال إذا حدث لم يبق الأول كالقطع إذا مرى إلى النفس صار قتلا ولم
يبق قطعاً وههنا الشبهة لا تنعدم بذهاب البصر فكان الفعل الأول سببا إلى فوات البصر بمنزلة حفر البئر
والسبب لا يوجب القصاص (قوله) فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية) يعني إذا صار لا يوجب القود
بعاقبه أثر ذلك في البداية (قوله) وبخلاف ما ذوق السكين على الأصبع) يعني لو قطع أصبعها فاضطرب السكين
وأصاب أصبعاً أخرى خطأ منه اقتص في الأولى دون الثانية لأنها قد صارت مقصودة ونحن نسلم أنها تصلح
مقصودة وإنما الكلام في احتمال الاتحاد وذلك عند السراية يكون وقد وجد كذا ذكره نحر الإسلام في
الجامع الصغير وفي الإيضاح بخلاف ما إذا نسل السكين إلى أصبع أخرى لأن القطع في الأخرى ليس من أثر
الفعل الأول بل الفعل حله مقصودا فينفرد بحكمه (قوله) لانه ليس فعلا مقصودا) أي لأن ذهاب العينين

للاولى ولا قصاص بدون
المماثلة (ولان الفعل
واحد وهو الحركة القائمة)
أي الثابتة حال الشجع (وكذا
المحل) أي محل الجنائيتين
(واحد من وجه لاتصال
أحدهما بالآخر) ونهاية
الجنائية لم توجب القصاص
بالاتفاق فيورث الشبهة في
البداية نظرا إلى اتحادهما
وقوله (بخلاف النفسين)
جواب عن قولهما كن
رمي إلى رجل عدا فاصابه
وتعدى إلى غيره فقتله ووجه
ذلك أن أبا حنيفة في الفعل واحد
من حيث أن الثاني حصل
من سراية الأول وههنا ليس
كذلك فان السراية إنما
تكون بتعاقب الآلام وهو
انما يتحقق في شخص واحد
قوله (وبخلاف ما ذوق
السكين على الأصبع)
حساب عما يقال إذا قطع
أصبع رجل عدا فاضطرب
السكين ووقع على أصبع
أخرى فقطعها يقتص
للاولى دون الثانية فما
بالمستلزمات تكن كذلك
ووجهه أن القطع الثاني
انما يورث الشبهة في
القصاص لانه فعل مقصود
وأما ذهاب العين بالسراية
فليس بفعل مقصود فقول
(لانه ليس فعلا مقصودا)
الضمير فيه عائذ إلى ذهاب
العين بالسراية وبهذا

التوجيه يندفع ما قال في النهاية أن في قوله لانه ليس فعلا مقصودا انظر وأن الصواب
ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره فانه وجب الضمير إلى الفعل الثاني فاحتل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر

من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني (وقالوا زفر) تركيب (٢٢٧) غير جائز ولو قالوا لا هموا زفر كان

صوابا وقوله (والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شجر رجلا موضحة فذهب عنها الخ وقوله (انه يجب القصص فيها) أي في الشجرة وذهب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجرة وبين ذهاب السمع منها فوجب القصص فيها في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرر به على رأسه حتى ذهب سمعه لاجب القصص لتعذر اعتبار المسافة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصص فكذلك بسراية الموضحة وقوله (بخلاف الخلافة الاخيرة) يعني قوله وان قطع اصبعاً فشت الى جنبها أخرى وقوله (أأبى أن الشجرة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصص في الموضحة والارش في العينين عندهما وقوله (فتا كننا) أي صارنا واحدة بالكل (فهو على الروايتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعني لاقصاص على المشهور وفيها القصص على رواية ابن سماعة (وعن أبي يوسف أنه اذا قلع سن رجل فنبت مكانه أخرى يجب حكومة عدل) لمكان الام الحاصل يقوم به هذا الام ويقوم به هذا الام فنبت مكانه أخرى يجب حكومة عدل) يعني بغير اعوجاج وان نبت معوجا يجب حكومة عدل

وزفر والحسن يقتض من الاولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضع فذهب بصره أنه يجب القصص فيها لان الحاصل بالسراية مباشرة كلف النفس والبصر يجري فيه القصص بخلاف الخلافة الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصص الى ما يمكن فيه القصص بوجوب الاقتصار كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول طلبا ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبب لا يرى أن الشجرة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبتق الاولى فانقلب الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الاعلى رواية ابن سماعة (ولو أوضعه موضعين فتا كننا فهو على الروايتين) هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبت مكانه أخرى سقط الارش في قول أبي حنيفة وقال عليه الارش كاملا) لان الجنابة قد تحققت والحادث نعمته متبددة من الله تعالى وله أن الجنابة تعدت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه يجب حكومة عدل) لمكان الام الحاصل (ولو قلع سن غيره فرد هاهنا صاحبها في مكانه وانبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكاله) لان هذا مما لا يعتد به اذا العروق لا تعود (وكذا اذا قطع اذنه فالحقها فالتحمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانزع المنزوعة سنة من النازع فنبت سن الاول فعلى الاول اصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يغسده حيث نبت مكانه أخرى فأنعدمت الجنابة

الجامع على نحو ما ذكرهنا وذكرنا في الاسلام البزدوي في مبسوطه أجعوا على انه لو قطع مغلصا من اصبع فشت الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جنابة واحدة انتهى تدبر

بالسراية في مسئلة الشجرة ليس فعلا وراء الشجرة فتكون السراية صفة الشجرة فيكون الفعل واحدا ولا كذلك ههنا لان قطع الاصبع الاخرى فعل غير الاول أو يكون معنى قوله لانه ليس فعلا مقصودا ان قطع الاصبع الاخرى لا يقصده من الاولى اذا خطأ لا يقصده من المعد فلا يمكن ان يجعل الثاني قيمة الاول ونهايته فلا يورث الشبهة في الاول لسكونها فاعلمين متغايرين منفصلا أحدهما عن الآخر من كل وجه بخلاف السراية لانها قد تعدت بالفعل فمكن أن تحصل تبة الفعل ونهايته فيورث السراية شبهة في أولها (قوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه) أي في قوله ومن شجر رجلا موضحة فذهب عنها الى آخره (قوله بخلاف الخلافة الاخيرة) وهي قوله وان قطع اصبعاً فشت الى جنبها أخرى (قوله كالألت الجراحت وسرت الى النفس) أي قطع اصبع رجل عددا فسرى وما يجب القصص (قوله طلبا) أي عددا (قوله ألا ترى ان الشجرة بقيت موجبة في نفسها) ابضاح لما ان ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبب لا بطريق المباشرة اذ لو كان بطريق المباشرة لكان المعتبر ذهاب العينين في اثبات موجب دون الشجرة كما اذا سرى الموضحة الى النفس لا تبتق الموضحة معتبرة حتى لا يجب موجبها بل المعتبر هو الجنابة على النفس (قوله فهو على الروايتين هاتين) يعني يقتض منه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وعلى الرواية المشهورة لاقصاص كالألت كسر بعض السن فسقطت (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة عدل) أي فيما اذا قلع سن رجل بالغ ثم نبت مكانه أخرى يجب حكومة العدل لمكان الام الحاصل أي يقوم وليس به هذا الام ويقوم به هذا الام فنبت مكانه أخرى يجب حكومة عدل) لان هذا مما لا يعتد به قال شيخ الاسلام وهذا اذ لم تعد الى حالتها الاولى بعد النبات في المنفعة والجال والغالب ان لا تعود الى تلك الحالة لان المتعلق لا يلزق بالعصب والعروق في الغالب فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة وأما لو تصور عود الجال والمنفعة بالانبات لم يكن على القالع شيء كما

يوسف أنه اذا قلع سن بالغ فنبت مكانه أخرى يجب حكومة عدل) لمكان الام الحاصل يقوم به هذا الام ويقوم به هذا الام فنبت مكانه أخرى يجب حكومة عدل) يعني بغير اعوجاج وان نبت معوجا يجب حكومة عدل

قوله (ولهذا يستأنى حولا) أي يؤجل سنة (بالاجتماع) وقال في التمهيد حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهراً وإنما (٢٢٨) الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن

واللهذا يستأنى حولا بالاجتماع وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للعصا لأن في اعتبار ذلك تضيق الحقوق فاكثفنا بالحول لأنه ثبت فيه ظاهراً فإذا مضى الحول ولم تنبت قضيباً بالعصا وإذا ثبتت أن أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق لأنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المسال قال (ولو ضرب إنسان سن إنسان فحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجهل القاضي سنة ثم جاء المضر وبوقد سقطت سنة فاختلغا قبل السنة فيمساقط بضربه فالتقول للمضر وب) ليكون التأجيل مفيداً وهذا بخلاف ما إذا ضربه موضحة فجاء وقد صارت منهلة فاختلغا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضوع لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالتقول للضارب) لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر فكان القول للمسكر (ولو لم تسقط لاثني على الضارب) وعن أبي يوسف أنه يجب حكومة الملام

(قوله) ولهذا يستأنى حولا بالاجتماع) أي يؤجل سنة بالاجتماع وذكر في التمهيد أن سن البالغ إذا سقطت ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل لأن قبل البرء لا يقتض ولا يؤخذ الأرض لأنه لا بدري عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجتمالا وليس بظاهر وإنما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان فاعل فصلانها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انبائه ولكن قوله بالاجتماع فيه نظر لأنه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي بالاجتماع انتهى أي أقول نظره ساقط لأن الذي ينافي بالاجتماع مما نقله من الذخيرة إنما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا أي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك إنما هو عدم اجتماع المشايخ لعدم اجتماع المجتهدين ومراد المصنف بالاجتماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجتماع إنما هو اجتماع المجتهدين دون اجتماع المشايخ وانتفاء أحد الإجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر ألا ترى أن المشايخ كثير ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها وإنما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل كما يشهر به ما ذكر في غاية البيان فإنه قال فيهم ونقل الناطق في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا تنتظر به حولا وإنما أنتظر بسن الصبي وأقضى عليه بارشها وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر

لو ثبت السن المقلوعة كذا في الذخيرة (قوله) ولهذا يستأنى حولا) أي يؤجل سنة بالاجتماع ثم هذه الرواية تختلف رواية التمهيد وفيها أن في سن البالغ إذا سقطت ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول وهو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل لأنه لا بدري عاقبته ولا يؤخذ الأرض لأنه لا بدري عاقبته وفي الذخيرة بعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل البالغ والصغير جميعاً لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وفي المجرع عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا نزع سن إنسان ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميمته من القالع ثم يؤجله سنة من يوم النزع فإذا مضت السن لم ينبت اقتض منه قال هشام قلت لمحمد رحمه الله فحين ضرب سن رجل فسقط أنتظر بها حولا لعلها تنبت قال لا تقلق أقال واحد من أخوانك ينتظر قال لا إنما ذلك إذا تحركت (قوله) فاختلغا قبل السنة فيمساقط بضربه) أي قال المضر وب سقطت سني من ضربك فقال الضارب لابل من ضرب رجل آخر فالتقول للمضر وب ليكون التأجيل مفيداً لأن التأجيل ما كان لا يظهر أثر فعله في تلك المدة فكان من ضروره اعتبار الاجل أن يعتبر قول المضر وب أدل لم يعتبر فالم يكن مفيداً وأما بعد

الإنسان فاعل فصلانها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انبائه ولكن قوله بالاجتماع فيه نظر لأنه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي بالاجتماع وقوله (فاختلغا قبل السنة) أي قال المضر وب انما سقطت سني بضربك وقال الضارب بسبب آخرو قوله (ليكون التأجيل مفيداً) يعني أن التأجيل إنما كان ليظهر غاقبة الأمر فلم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله (وان اختلفا في ذلك) أي في سقوط السن بعد السنة

(قوله) وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعني بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا إنما هو في الصغير وأما في البالغ فلا يستأنى (قوله) لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأنى حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف والتفصيل في غاية

البيان ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الاجتماع في سن البالغ إلا بتكلف (قال المصنف) وسنن وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالتقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله (الح) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب إذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدهما ويثبت ذلك بالبينة أو بالنكول

وقوله (وسنين الوجهين) أي وجهه قوله لا شيء على الضارب ووجهه حكومة الالم وقوله (يجب الارش كاملا) وقوله (لماذا كرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الاضرار التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضرار فالمنعبر في وجوب كمال الارش فقد منفعته المضغ بالاسوداد دون الجبال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما ترى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصغر اذ هو كالاسوداد عند بعض المشايخ (٢٢٩) يجب كمال الارش وعند آخرين

حكومة عدل لانه لم يغوث جنس منفعته السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الانسان في بعض الاناس وانما يكون فيه نوع نقص فتحب الحكومة بخلاف الحسرة والخسرة والسواد لانها لا تكون لون الانسان بحال فكان مفوت الجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شجر جلا فتحت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنين الوجهين بعد هذا وقوله (الآن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه أجر الطيب ووجهه أن تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطيب كذلك والمنافع على أصلنا لا تقوم الا بعدد كالأجارة الصحة والمضاربة للصحة أو بشبهة كالأجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق

(قوله دون الجبال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير وفيه راجع الى

الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول بخلاف ما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجبال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرش الالم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الالم من المنافع) أقول فيه نامل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطيب) أقول وعليه ثمن الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لا طراداه

وسنين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لانه لا يمكنه أن يضربه ضربا يتسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لما ذكرنا (وكذا الواجر أو اخضر) ولو اضربه روايتان قال (ومن شجر جلا فتحت) ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة والشيخين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطيب لانه انما والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطقي أيضا قال في المجرى لو نزع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميمته من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة من يوم نزع سنه فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتصر له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدر وروى السمرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأنى حول لا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذ بما ذكر في المجرى بدون رواية بخلاف أحد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التهمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته اياه أظهر على تنبيه رجل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذکور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحبها الكفاية بمعراج الدراية بقوله ولهذا يستأنى حول لا بالاجماع بخالف رواية التهمة (قوله ولولم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أو جب محمد كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من

مضى الحول فقد انتهت وقت ظهور الاثر فالضرر ببدعي على الضارب ان السقوط من أثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكره فكان القول قوله (قوله وسنين الوجهين بغدهذا) أي وجهه قوله لا شيء على الضارب ووجهه حكومة الالم والموعود بعد هذا وهو قوله سقط الارش عند أبي حنيفة رحمه الله لزال الشين الموجب وقال أبو يوسف رحمه الله ارش الالم لان الشين وان زال فالالم الحاصل ما زال (قوله ولكنها اسودت يجب الارش) وفي الذخيرة ثمان بمحمد اوجه الله أو جب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضرار التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى قالوا ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضرار التي لا ترى فان منفعته المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا وان لم يغث منفعته المضغ يجب فيه حكومة العدل لان منفعته قائمة بوجهه ليس بظاهر فهو كشدة الرجل فيجب فيه حكومة عدل وان كان من الاسنان التي ترى يجب كمال الارش وان لم تغث منفعته لانه فوت جمالا ظاهرا على الكمال (قوله لماذا كرنا وهو قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه) (قوله وكذا الواجر أو اخضر) أي لا قصاص بل يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله وان اصبحت روى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله ان فيها حكومة عدل وذكر هشام في نوادره عن محمد عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال في الحر لا يجب شيء وفي المملوك حكومة عدل وعند محمد رحمه الله فيها حكم عدل وهو قول أبي يوسف رحمه الله لان الجبال على الكمال في بياض السن فبالصفرة انتقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب في المملوك حكم عدل فكذا في الحر ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الصفرة من ألوان السن فلا يكون دليل فوت السن بخلاف السواد فانه دليل فوته والمطلوب بالسنن في

لزومه الطيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله الآن أباحنيغة يقول ان المنافع على أصلها لا تقوم الا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئاً قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعلية أوش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فاما اذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قدمضى في الشبهة المتخمة قال (ومن قطع يدرجل خطاً ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه البرء وسقط عنه أورش اليد) لان الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو اليد وانها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء قال (ومن جرح رجلاً جرحاً لم يقتض منه حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتض منه في الحال اعتباراً بالانحصار في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات تعتبر فيها ما لها الاحال لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل أورش وجب بالصلح فهو في مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمد الحديث وهذا عمد

الاضرار التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضرار التي لا ترى ان فانت منفعة المضع بالاسودا يجب الارش كاملاً ولا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم تقت منفعة لانه ذوات جبالا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه مخالف لما ذكره وقيل فصل الشجاج من أن الجبال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أضافاً الى الجلة وانما المقصود منها بالذات الجبال والزيادة للانسان وما ذكره وقيل فصل الشجاج من كون الجبال تابعا لما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا تخالفه (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمد الحديث) قال صاحب الغاية فيسه نظراً لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر أنما انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط أما أوفلان هذا الحديث كبروى موقوفاً عن ابن عباس والشعبي روى أيضاً فروعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كائن عليه هنا صاحب الكافي حيث قال

الاحرار المنفعة وهي قائمة بعدما صغر في المملوك المالبية وقد تنقص المالبية بالا صغار كذا قرره في المسوط (قوله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله) لانه انما لزمه أجرة الطيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله فيرجع عليه (قوله الآن أباحنيغة رحمه الله يقول ان المنافع على أصلها لا تقوم) هذا جواب عن قولهما وهو قوله فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويم قوله انما لزمه أجرة الطيب بفعله وحاصل الجواب ان تحمل الم من المنافع عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك معاملة الطيب والمنافع انما تقوم بالعقد كما في عقد الاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو شبهة كافي عقد الاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد أحدهما في حق الجاني فلا يغرم شيئاً ولا قيمة لمجرد الم لا ترى أنه لو ضربه ضربة تالم بها ولم تؤثر فيه لا يجب شيء رأيته لو شتمه شتمه أو كان عليه ارض باعتبار ايلام حل بقلبه (قوله ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعلية ارض) معناه اذا بقي أثر الضرب وانما يقيد بقوله فجرحه لانه اذا لم يجرح في الابتداء لا يجب عليه شيء بالاتفاق كذا ذكره الامام السكاكي وقاضيان (قوله ثم قتله) أي خطأ (قوله لان الجنابة من جنس واحد) من حيث انها خطأ (قوله وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة) كقتل الاب ابنه عمداً (قوله الحديث) ولا عبد ولا صلب ولا اعتراف ولا ما دون ارض الموضحة وقوله ولا عبد أي لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبده فيمادون النفس لان أطراف العبدية سلكهم مسلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية حتى لو قتل عبداً انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلكها مسلك الاموال وقد قيل ان المراد منه ان العبد اذا جنى جنابة فالملوك هو الذي يلزمه الدفع أو الغداء دون عاقلة المولى

الجاني فلا يغرم شيئاً وقوله (ومن ضرب رجلاً مائة سوط) اذا ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرأ منها يقرأ أثر الضرب فعليه أورشه وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يسبق أثره فهو على اختلاف قدمضى في الشبهة المتخمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجوب ارض الم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطيب عند محمد وقوله (لان الجنابة من جنس واحد) لكون كل واحد منها مخطئاً وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلاً جرحاً) واضح وقوله (لانه مالو جب بالقتل ابتداء) يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول في أول فصل ومن قطع يدرجل خطاً (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمد الحديث)

وقوله (واذا قتل الاب ابنة
عمدا) كان حكمه قد علم من
الضابطة الكليسة لكنه
ذكره لبيان خلاف
الشافعي وقوله (لا سيما
الى زيادة) يعنى المجمل

أقول وفي الكفاية ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولا
مادون أرض الموصغة قوله
ولا عبدا أى لا تعقل عاقلة
الانسان ما جنى على عبده
فيما دون النفس لان
الاطراف في العبد يسلك بها
مسلك الاموال والعاقلة
لا تعقل الجنائيات المالية
حتى لو قتل عبدا انسان شعاعا
فالقبيصة على العاقلة لانها
بدل الدم ودم العبد لا يسلك
به مسلك الاموال وقد قيل ان
المراد ان العبد اذا جنى جنسية
فالمولى هو الذى يلزمه
الدمع والغداء دون عاقلة
المولى كذا في الاوضح انتهى
ورد في القاموس ذلك
وقال لو ارى بدهد المعنى
لغيره وعن عبده فانه فرق بين
عقله وعقلته عنه انتهى
وسمى بجوابه على التفصيل
(قوله كان حكمه قد علم
من الضابطة الكليسة لكنه
ذكره لبيان خلاف
الشافعي) أقول وجوبه في

غير أن الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حال لانه مال
وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال (واذا قتل الاب ابنة عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي
رحمته الله يجب له لان الاصل أن ما يجب بالانلاف يجب حالاً والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا
يستحقه ولان المال وجب جبر الحق وحققه في نفسه حال فلا يجبر بالموجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون
مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا لان القياس يابى تقوم الاكسب بالمال لعدم التماثل والتعقير ثبت
بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا مجلا فلا يدل على لاسيما الى زيادة ولم يجرز التغليظ باعتبار العمدية قد رالا
يجوز وصفا (وكل جنائية اعترف بها الجاني

الاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوف على مرفوع الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة
عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموصغة انتهى وكذا نص عليه المصنف في كتاب المعامل هذا
الموال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا الى بلال بن رباح هذا يعني في صحة عبارة
المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على ما روى موقوفاً بضايحه على الرواية عن النبي عليه السلام لانه
مما لا يعلم بالرأى بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابة عن الكذب والجرف
ويصير الموقوف فيه كالرفوع على ما تقر وفي علم الاصول ومرفى الكتاب مراراً فصح قول المصنف في حق هذا
الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر أن غاوى الذى مر منه أن غاير
جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد بن الحسن في موطنه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن
أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فعمل على أنه رواه عن النبي صلى الله
عليه وسلم أصابا منه عن الكذب والجرف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره هنا كما لا يخفى (قوله
غير أن الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد) أقول ان قد ابتداء في قوله
وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسدان المصنف قال في أوائل كتاب الجنائيات أنباء بيان أن من موجبات
شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهو على
العاقلة فلو كان الاول ههنا مالاً وجب بالقتل ابتداء لو وجب على العاقلة على مقتضى الاصل المذكور هناك
مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به أن غاوى لوجه أن يترك قد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل
احترازا به عما وجب بالعمد كفى القسم الثاني فانه يجب حالاً واقداً أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب
بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد (قوله واذا قتل الاب ابنة عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين)
قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكليسة لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي اه أقول
اعتداه هذا ليس بسديد أماً ولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذلك الضابطة الكليسة قد وقع في محتمل

كذا في الاوضح (قوله لانه مال وجب بالقتل ابتداء) أى لا بمعنى يحدث بعد القتل كالصالح على المال (قوله
واذا قتل الاب ابنة عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) فان قيل لما وجب المال يجب غسالة لان وجوب المال
يمنع الشهادة قبل وجب القصاص ههنا لانه عمدا أنه اعتذر استيفاءه لشرف الابوة فوجب البذل كبلال بن
الدم والبلد حكم المبدل وقال القاضي الامام أبو نؤير رحمه الله يجب القصاص على الصبي كما يجب عليه أروش
الجنائيات وضمنه ان المتلفات الا أنه سقط لكونه مظنة للمرجعة (قوله لان القياس يابى تقوم الاكسب بالمال) لعدم
النسائل لان الاكسب مالاك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا ينماثلان (قوله لا سيما الى زيادة) المجمل زائد على
الموجب من حيث الوصف في المالية ألا ترى ان في العرف يشتري الشيء بالنسيئة باكثر مما يشتري بالنقد
فانجاب الحال بالقتل يكون زيادة على ما وجبه الشرع معنى كذا في المبسوط (قوله ولم يجرز التغليظ
باعتبار العمدية قد رالا) أى لم تجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفا لان الوصف تبع القدر

فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالبية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما وجبه الشرع ولم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدر الايجوز وصفالانه تابع للقدر وقوله (لما روينا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمد ولا اعترافا وقوله (عمده) أي عمد كل واحد منهم وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أي بالمال وانما قيد به لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليه ما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) (٢٣٢) أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي

فهي في ماله ولا يصدق على عاقلة (لما روينا) ولا يتردد في مقتضى القصور ولا ينفذ عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه اليد على العاقلة وكذلك كل جنابة موجبا خسة مائة فصاعدا والمعتوه للمجنون) وقال الشافعي رحمه الله عمد حتى نجب الدية في ماله حاله لانه عمد حقيقة ذا عمد هو القصد غير انه يتخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لان ما يتعلق بالقتل ولذا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلة وقال عمد وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرجحة والعقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أو أولى بهذا التخفيف ولا نسلم بتحقيق العمدية فانها ترتب على العلم والعلم بالمعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأني يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كائهما استارة ولا ذنب تستر لانه مرفوعا القلم

*** (فصل في الجنين) *** قال (واذا ضرب بطن امرأة فالقتل جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه معناه دية بالرجل

(لانهما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنها مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الأصل ذلك

*** (فصل في الجنين) *** عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجنين الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الاجزاء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فالقتل جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبس والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة آلاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شيء لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان

القدوري والبداية أيضا بدون بيان خلاف الشافعي أصلا فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة في مثله قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثره وهل يتقوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعي ليس بمختصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذ كر بل خلافا متحقق في حكم تلك الضابطة السككية على الاطلاق فلا يقول بالتاجيل في العمد أصلا بل يخصه بالخطا كما يفصح عنه تعليقه المذكور في الكتاب وتلك الضابطة السككية انما هي في العمد وحكمها التاجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين فقد صرح بيان خلاف الشافعي لا يقتضي افراد حكم هاتيك المسئلة بالذ كر بعد ذكر تلك الضابطة السككية فلا تشبه للاعتذار المذكور أصلا

*** (فصل) الجنابة (في الجنين) *** لما ذكر أحكام الجنابة المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين مادام محتجنا في البطن ليس له ذمة متعلقة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو أرت أو نسب أو وصية وباعتبار (قوله لما روينا) وهو قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمد ولا اعترافا (قوله وقال الشافعي رحمه الله عمد) أي عمد كل واحد منهم (قوله ولهذا تجب الكفارة به) أي بهذا القتل وقيل أي بالمال وانما قيد به لانهم أجمعوا أن التكفير بالصوم لا يجب (قوله على أصله) أي ثبت الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي رحمه الله لان ما يتعلق بالقتل والله أعلم

*** (فصل في الجنين) *** (قوله ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير والنجب

وهذا

تعليم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان

ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالبية) أقول قوله في المالبية متعلق بقوله رائد *** (فصل في الجنين) *** (قوله غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارغة (قوله وقيل لان غرة الشيء أوله) أقول أول الشيء الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدد الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء (قال المصنف قال معناه دية الرجل أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل

قبيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الانقضاء البهيمة أن تمكن (وجه الاستحسان ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة فبهيمة خمسة أثقروى أو خمسة أثقروى فبهيمة خمسة أثقروى) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخجلون أنه مات بضربة أول تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تنفخ دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل أعتقتك سائبة فجاء زفر إلى أبي يوسف فسأله عنه فاجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فاجابه بمثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كذا كرنا أنفا (٢٣٣) ويحتمل أنه جمع من أحدهما إلى الآخر والحديث المروي

وهذا في الذكر وفي الانثى عشرة دية امرأة وكل منهما خمسة أثقروى والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يثبت بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة فبهيمة خمسة أثقروى أو خمسة أثقروى فبهيمة خمسة أثقروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قبل وانما بين الشارع العقبة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً إلا من حيث اعتبار صفة المالبية وهذا في الذكر وفي الانثى عشرة دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشرة دية الرجل يشتمل الذكر والانثى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كالأخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين الحرة عشرة دية بالاجماع وهو الغرة وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف عشر دية ان كان ذكر أو عشر دية ان كان أنثى فسكت في جنين الامة يجب بثلث النسيبة من قيمته لأن كل ما كان هدراً من دية الحر

وهذا في الذكر وفي الانثى عشرة دية امرأة وكل منهما خمسة أثقروى والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يثبت بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة فبهيمة خمسة أثقروى أو خمسة أثقروى فبهيمة خمسة أثقروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قبل وانما بين الشارع العقبة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً إلا من حيث اعتبار صفة المالبية وهذا في الذكر وفي الانثى عشرة دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشرة دية الرجل يشتمل الذكر والانثى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كالأخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين الحرة عشرة دية بالاجماع وهو الغرة وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف عشر دية ان كان ذكر أو عشر دية ان كان أنثى فسكت في جنين الامة يجب بثلث النسيبة من قيمته لأن كل ما كان هدراً من دية الحر

(٣٠ - تكملته الفخ والسكافية - تاسع) فهو مقدور من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرًا وعشر قيمته ان كان أنثى اه (قوله الا في محل هو حي) أقول أي هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الاعداد كافي للعلقة ولذا لم تعتبر الاعداد في قصة زفر ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصديد عرف بالانزع على خلاف القياس (قوله فقال له السائل أعتقتك سائبة) أقول كانوا في الجاهلية اذا أعتقوا على أن لا ولاء للمعتق قالوا أعتقته سائبة وهو من سبب الماء أي حريه وسبب الدابة اهمالها (قوله وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان) أقول أي الوجه الثابت بالاستحسان (قوله وقال في الذخيرة قوله وجه القياس) أقول أي الوجه الثابت بالقياس

وقوله (إذا كان خمسمائة درهم) قبل قديده احتراماً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهماً ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما سيجيء . وقيل له وقعه سهواً من الكاتب وكان في الأصل إذا كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة وقوله (في (٢٣٤) ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل الجزء) أي جزء الأذى فصار كقطع أصبع من

والشافعي (وهي على العاقلة) عندما إذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندما إذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام يحبروا في توجيه هذا القيد أعني قوله إذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية يقيدهم إذا احتراز عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لأن ما وجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة درهم على ما يجيء إلى هنا كلامه وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه ودوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله إذا كانت خمسمائة كانه سهواً القلم وينبغي أن يكون إذا بسكون الذال بلا ألف بعد ها يعني أنها التوجيه على العاقلة لأنها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل مادونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برده بعد أن نقل التوجيه الأول مع رده حيث قال قبل قديده احتراماً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة وروى ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما يجيء . وقيل له وقعه سهواً من الكاتب وكان في الأصل إذا كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى فكانه ارتضى التوجيه الثاني أقول التوجيه الثاني أيضاً مردود عندى إذا لمعنى لتعليل كونها على العاقلة لكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كدونه لا على العاقلة كما صرحوا به آتفا حيث قالوا أن ما وجب في جنين الأمة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة مع حرمان التعليل المذكور فيه عند بلوغه إلى خمسمائة درهم وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهته وجوب دية بالغرة إلى خمسمائة درهم أيضاً فمافوقها فان مثل ذلك كله في مال القاتل كما مر في فعل السابق مع حرمان التعليل المذكور فيه أيضاً ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقاً بان يكون معناه إذا كانت خمسمائة درهم على البتة بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا إنما يكون في جنين الحرة فإن الواجب في جنين الأمة نصف عشر قيمته ولو كان حياً كان ذلكراً وعشر قيمته حياً كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلاً عن أن تبلغ خمسمائة فينبغي أن يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء) أقول في تعليله نظراً لان مجرد كونه بدل الجزء غرة لأن أول شيء يظهر منه الوجه (قوله وهي على العاقلة عندما إذا كانت خمسمائة درهم) قبل معناه لما كانت خمسمائة درهم وقيل هذا احتراز عن جنين الأمة إذا كانت لا تبلغ خمسمائة درهم لكن هذا القيد إنما يفيد إذا وجب غرة جنين الأمة على العاقلة عند بلوغها خمسمائة درهم وما يجب في جنين الأمة هو من مال الضارب مطلقاً كذا في الإيضاح والخبر فلا يفيد القيد حيث هذه الفائدة (قوله لأنه بدل الجزء) أي جزء لادم ولهذا لا يصلى عليه ولا يسمى ولا يرث (قوله ولهذا سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال دوه) أي أدوايته سمي الواجب في بدله دية وهو اسم لبسك النفس فان امرأة ضربت بطن صاحبها بعمود فسطاط فالت جنيناً ميتاً فاحتصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضارب بدوه فقالوا أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام سجع كسجع السكه ان قوموا فدوه

أصابه وقوله (دوه) أي أدوايته أمر لها طبع من الودي وهذا الحديث حديث جل ابن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحة جنين قال كنت بين جاريتين لي فضربت أحدهما بطن صاحبها بعمود فسطاط أو بمسطح خبيث فالت جنينا ميتاً فاحتصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء

(قوله قبل قديده احتراماً عن جنين الأمة) أقول ولعل الأولى أن يقال احتراز عنه فان ما يجب فيه ليس مقدراً بخمسمائة ومعنى قوله إذا كانت خمسمائة إذا كانت مقدرة بها شرعاً (قوله إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة) أقول المضاف مقدر أي بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين إلى خمسمائة ثمن الأمور المقررة الظاهرة إذ لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة إلى التقييد (قوله وكان في الأصل إذا كان خمسمائة) أقول قوله إذ بسكون الذال بلا ألف

(قوله لكونها على العاقلة) أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الأمة على العاقلة إذا بلغت قيمته دية الرجل فالخلاص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعاً (قال المصنف حيث قال دوه) أقول يجوز أن يقول تعليلاً لقوله قضى الخ وألقوله جهاه دية والثاني أقرب ويستفاد تعليل الأول منه أيضاً (قوله أو بمسطح خبيث) أقول أي عود من عيدان الخباء

لاصاح ولا يستهل الحديث الآن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام ففعلنا بالشبه

لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لا بد من أن يكون البديل أقل من خمسمائة درهم والبديل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقدم قبيل هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه اليد على العاقلة وكذا كل جنابة موجهة خمسمائة فصاعدا ويمكن أن يقال ان مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان أقل من ثلث اليدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل تعقب (قوله ولانه بدل النفس ولهذا اسماء عليه السلام) فيبحث قال (دوه) أقول في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحث فانه عليه السلام سمي كثيرا من بدل الاعضاء والاحزاء دية ألا ترى الى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سيعبد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا كتب لعمر بن حزم رضي الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية الى غير ذلك فليتأمل في الدفع (قوله الآن العواقل لاتعقل ما دون خمسمائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكأنه يقول اذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لاتعقله العاقلة ولنا فيه نظران في جنين الامة لا وجوب على العاقلة أصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لان قول المصنف الا أن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة فاعيد على أنها تعقل خمسمائة فصاعدا بتأثير مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعدا في الجلة لأنهم تعقلها في كل مادة حتى يرد النقص بالواجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف الآن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيستم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب بمطاعن غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الآنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البان أنفا ثم أقول في تقرير مراد المصنف هنا خلل اذا لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة ودينه تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فن أن بدل الحديث على أن الدية ولو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضا على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافي بتقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلان الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثرها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف الآن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة لان يكون مع مولاه في مقابلة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح الجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام ففعلنا بالشبه الاول في حق التوريت والثاني في حق التاجيل الى سنة) أقول لقايل أن يقول لم يعكس الامر أي لم يعمل في حق التاجيل بالشبه الاول وفي حق التوريت بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا ولا يظهر في تقرير التعليل ههنا ما ذكر في الكافي أخذنا من المبسوط حيث قال ولانه ان

(قوله الان العواقل لاتعقل مادون خمسمائة) يعني انه عليه السلام لما سمى هاديته وهي بدل النفس كان ينبغي ان تحملها العاقلة وان كان دون خمسمائة لان بدل النفس يقسمه العاقلة أقل أو أكثر لان الغرة بدل

الضاربة دوه فقال أخوها
أندى من لاصاح ولا يستهل
ولا شرب ولا كل ومثله
دمه بطل فقال عليه السلام
أسجع كسجع الكهان
وفي رواية تدعى وأراجيز
العرب قوموا فدوه الحديث
ففيه التنصيص على ايجاب
الدية على العاقلة وقوله (الا
أن العواقل) جواب عما
يقال الحديث يدل على أن
الدية على العاقلة قليلة
كانت أو كثيرة وأنتم قيستم
بقولكم اذا كانت خمسمائة
درهم وقد علمت ما يرد عليه
من النظر

(قوله فقال أخوها أندى
من لاصاح ولا يستهل) أقول
يعني أن دية من لم يعص
ولم يستهل يعني لم يرفع صوته
عند الولادة

قوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر فالشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان أكثر من نصفه لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك (٣٣٦) أيضا وفي بعض النسخ وخ أن تعييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر

كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشر ونحوه في قتل رجل خطأ فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين على ما يجب في المعاقلة وقوله (ويستوى فيه) أي في وجوب قدر الغرة بأنه عبد أو أمة فقيمة خسمائة تدروهم لاطلاق مار وينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة عبد أو أمة فقيمة خسمائة درهم وقوله (ولان في الحين) دليل معقول على التساوي بين الذكرو والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الأدمية في المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكا نكاحا فكان بينهما تفاوت فبما هو من خصائص الأدمية وهو معدوم في الجنين فيقتدر بمقدار واحد وهو خسمائة وقوله (وان ألفت حيا ثم مات) أول الأقسام الأربعة العقلية الخاصة من موت أحدهما بعد الضرب وهي أن يخرج الجنين من الام اما أن يكون في حال

حياته كما وفي حال مسانمته أو في حال حياة الام ومات الجنين أو على العكس والاسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب بالضرب (قوله وفي بعض الشروح أن تعييده بالاكثر ليس بمفيد الخ) أقول يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا إلى سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشر ونحوه في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن الأولى أن يقول مثل إذا اشترك

كان بدل النفس من حيث أنه نفس مودعة في الام حتى يتفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التاجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل أي اذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبق بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر فالشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان الاكثر من نصفه لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الاول ندافعا لا يخفى اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لان من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو العاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي اذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الأقل أكثر من نصف

الجزء من وجه فلهذا لم يجعله العاقله اذ لم يباغ خسمائة (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر) أكثر بالنصب على البدل من أقل هو الصحيح لكن التقريب انما ياتي أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له الا أنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله بخلاف أجزاء الدية) لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين كالأشترك عشر ونحوه جلا في قتل رجل خطأ يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين (قوله لتفاوت معاني الأدمية) أي المالكية وفي الايضاح أن تفضل بدل الذكرو على بدل الانثى باعتبار تفاضل ما بينهما في المالكية فان الذكرو مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكا فكان بينهما تفاوت فبما هو من خصائص الأدمية وهذا المعنى مؤثر في التفاوت في البدل وهذا المعنى معدوم في الجنين لانه لا مالكية في الجنين فاذا لم يتفاوت ما استويا في البدل وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى في معنى النشو وتساوي الذكرو وبما تكون الانثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال

حياته كما وفي حال مسانمته أو في حال حياة الام ومات الجنين أو على العكس والاسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب بالضرب (قوله وفي بعض الشروح أن تعييده بالاكثر ليس بمفيد الخ) أقول يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا إلى سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشر ونحوه في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن الأولى أن يقول مثل إذا اشترك

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل ألا ترى أنه اذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شيء وهما بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على أن وجوده باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البديل في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية انه (٢٣٨) لا يجب الانقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما ذكرنا شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياتها مات ففقه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون الدية وتوجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا باه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتراف قاطع للسراية على ما ياتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المعلقة فلا تنعدها ولهذا يجب كل البديل قالوا الآن يشاء ذلك لانه لو تكب محظور فاذا

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشبهه فلا حاجة الى الالحاق انتهى أي أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون اراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فاسمى ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عندنا كان عليه بيان فساد فساكنه لم ينظر الى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم ينظر بجواب اراده أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا هكذا فان قلت مجموع قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه فانت لابد من اضممار فبصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك واقع في ذلك انتهى نامل في تفصيل جوابه لعله سميت صالح (قوله) ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليقه يكون ما ذكره هنا من افضال ما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليل على مدعانا

وأؤثنته فماذا يجب قلنا نأخذنا المتيقن كمن قتل عبدا خطا والمقتول خنثى مشكلا فانه يجب الميتة كذا هنا كذا في الذخيرة (قوله) لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) حتى أنه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب كما لو قلع سن فبنت مكانه أخرى لم يجب شيء وهما يجب بدل الجنين وان لم يكن في الام نقصان دل أن وجوده باعتبار معنى (قوله) ولا معتبر به أي بظهور النقصان في ضمان الجنين بدليل أنه يجب ضمان الجنين وان لم يظهر في الام نقصان (قوله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام) وفي المبسوط ثم وجوب البديل في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد وجهما الله وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله وعنه في رواية أنه لا يجب الا ضمان نقصان الام ان تمكن فيه نقص فان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة لان الضمان في قتل الرقيق عنده ضمان مال حتى تجب قيمته بالغة ما بلغت (قوله) فنظرنا الى حالتي السبب والتلف) يعني أو جنينا القيمت دون الدية اعتبارا بحالة الضرب أو أو جنينا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف ولا يقال أن هذا اعتبارا بحالة الضرب فقط لان الواجب في تلك الحالة قيمته حيا أيضا لانه قول جار أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة (قوله) ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة) لانها

وقوله (فنظرنا الى حالتي السبب والتلف) يعني أو جنينا القيمة اعتبارا بحالة الضرب أو أو جنينا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف لا يقال هذا اعتبارا بحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة وقوله (ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب) يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروب باثني عشر ألفا على الضارب ما ثلثا درهم وقوله (على ما ذكره بيانه بعد هذا) يعني في جنابة المملوك والجنابة عليه في مسألة من قطع يد بعد فاعته المولى ثم مات من ذلك وقوله (وقد عرفت في النفوس المعلقة) أي الكاملة بالنفس فلا يتعداها الى غير المعلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير الطاقة نظير المعلقة حتى يلحق به ادلة ألا ترى أنه لا يجب كل البديل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح

تقريب

(قوله) لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ثم لا يكون الضرب ما نعلم من حدود الحياة ويكون بعد حدوده ما نعلمه فليست اتم (قال المصنف) ولان هذا القدر يتميز عن العلة والدلم فكان نفسا أقول منقوض بالمصلحة ألا أن براد التمييز التام الكامل

(باب ما يحدث الرجل في الطريق) لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيبياً والاولى بالتقديم امالانه قتل بلا واسطة
واما لكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً الخ) الكنيف (٢٣٩) المستراح والميزاب معروف والجرح من

قبيل هو البرج وقال نغر
الاسلام جذع يخرج
الانسان من الحائط ليبنى
عليه والعرض بالضم الناحية
قبل المراد به هنا بعد الناس
منزلة أى أضعفهم وأذلهم
وجلة الكلام في هذه المسئلة
في ثلاثة أشياء في اباحة
العمل وفي الخصومة وفي
ضمان ما يتلف به والمبدوء
به في الكتاب الخصومة
وتعرض للنزع ولم يتعرض
للمنع الاعلى قول محمد فان
فيه خلافاً بين العلماء قال
أبو حنيفة لكل أحد من
عرض الناس مسلماً كان
أو ذمياً أن يمنعه من الوضع
سواء كان فيه ضرر أو لم يكن
إذا أراد الوضع بغير إذن
الامام لان فيه الاقتيات على
رأى الامام فيما يستديره
فلكل أحد أن ينكر عليه
وبه قال أبو يوسف وقال
محمد ليس لأحد حق المنع
إذا لم يكن فيه ضرر لانه
ما دون في احداثه شرعاً فهو
كالو أذن له الامام وأما
الخصومة في الرفع فالذكور
في الكتاب قول أبي حنيفة
وقال ليس لأحد ذلك أما
على قول محمد فظاهراً لانه
جمع له كما أذن من الامام
فلا يرفع أحد أو أبو يوسف
فانه يقول كان قبل الوضع
لكل أحد يد فيه فالذي
يحدث بربدان يجعلها في
يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يتخاصمه بربداً يبال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة

تقرب الى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر ما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين
التام في جميع هذه الاحكام) لا طلاق ما روينا ولانه ولد في حق أمومية الوالد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك
فكذا في حق هذا الحكم ولان هذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفساً والله أعلم

(باب ما يحدث الرجل في الطريق)

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرحاً أو بنى دكاناً فلرجل من عرض الناس أن
دفعه لما قاله الشافعي من أنه جرح من وجهه وضمان الاجراء يؤخذ بمقتداها من الاصل فليتنامل

(باب ما يحدث الرجل في الطريق)

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيبياً واولى لكونه أصلاً لانه قتل بلا
واسطة ولكونه أكثر وقوعاً كانت أمس حاجة الى معرفة أحكامه

شرعت زاحرة والزحواً ما يكون بشئ فيه عقوبة حتى أنهم اتنادى بالمال والمال شقيق الروح فكان ازالة
المال منه بمنزلة ازالة الروح ومن وجهه عبادة لتناديته بالصوم (قوله فكذا في حق هذا الحكم) وهو وجوب
الغرة والمرأة اذا ضربت بطن نفسها أو شربت دواء لتطرح الولد متعمدة أو عاجلت فرجها حتى اسقطت الولد
ضمن عاقبتها الغرة ان فعلت بغير إذن الزوج وان فعلت باذنه لا يجب شئ كذا في الصغرى والله أعلم

(باب ما يحدث الرجل في الطريق)

(قوله) ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرحاً الكنيف المستراح الجرح من دخیل أى ليس
بعرى أصلى قد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ماء تركب في الحائط وعن الامام البرزذعي رحمه الله جذع
يخرج من الانسان من الحائط ليبنى عليه كذا في المغرب وفيه العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشرة
أى من شغلها لمن ضمهها و مراد الفقهاء بعد العصباء وقيل المراد بالعرض ههنا بعد الناس في المنزلة أى
أضعفهم وأذلهم وذكر الامام المجهوبي في الجامع الصغير الجرح من البرج الذي يكون في الحائط ثم قال
الكلام في المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها انه هل يحل احداث هذا في الطريق أم لا والثاني في الخصومة في
الدفع والثالث في ضمان ما يتلف به هذه الاشياء أم في الاحداث قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح
هذا الكتاب فان كان الاحداث يضر باهل الطريق ويحول بينهم وبين المرور في الطريق فليس له أن
يحدث ذلك وان كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له احداثه ما لم يمنع منه لان الطريق معد للتطريق وهو
حق العامة وفي احداث شئ فيها هو حق العامة يعتبر الضرر عملاً بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في
الاسلام ففيما يتكهن فيه الضرر هو اضرار بغيره وفيما لا يتكهن فيه الضرر يترفق بالمباح ولا يضر
ووجبا ينتفع به غيره فالمراد ينتفع به من حيث أنه يندفع به الثلج والحر والبرد وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله وهذا
ظهير رجلى له على غيره دين فان طالبه صاحب الدين بقضائه لا يسهه أن يؤخره دفعاً للضرر عن صاحب الدين
وان لم يطالبه كان في سعة من تأخيره وعلى هذا الوقعد الرجل في الطريق يبيع ويشترى ان كان الطريق واسعاً
لا يضر الناس بقعوده جاز له أن يقعد وان كان فيه ضرر بالناس لا يجوز له القعود فاما في الخصومة فقال أبو
حنيفة رحمه الله لكل واحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر
أو لم يكن اذا وضع بغير إذن الامام لان التدبير فيما يكون حقاً للعامة الى الامام لتسكين الغنة فالذي يضع بغير
إذن الامام يفتات على رأى الامام فيه فلكل أحد أن ينكر عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لكل أحد قبل
الوضع أن يمنعه منه لا بعد الوضع لان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذي يحدث بربدان يجعلها في يده نفسه خاصة
فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يتخاصمه بربداً يبال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنتاً وعلى

يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يتخاصمه بربداً يبال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة
(باب ما يحدث الرجل في الطريق) (قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع

وقوله (وبسع للذي عمله)

بيان الإباحة وهو ظاهر

وقوله صلى الله عليه وسلم

لا ضرر ولا ضرار في الإسلام

أي لا ابتداء ولا جزاء يعني

متعديا عن مقدار حقه في

الاقتصاص لأن الضرر

بمعنى المضارة وهو أن تضر

من ضررك وهذا الكلام

فيما إذا كان الترتيب نافذا

وأما إذا كان غير نافذ

فقط وليس لاحد من أهل

الرب الذي ليس بنافذ بيان

لذلك والدرب الباب الواسع

على السكة والمراد به السكة

هنا وقوله (لأنها مملوكة

لهم يعني في الغالب

قال نفع الإسلام المراد بغير

النافذة المملوكة وليس ذلك

بعله الملك فقد تنفذوهي

مملوكة وقد بسد منفذها وهي

للعمامة لكن ذلك دليل

على الملكة لبا فاقم مقامه

ووجب العمل به حتى يدل

الدليل على خلافه وقوله

(على كل حال) أي سواء

كانوا متلازمين أو لم يكونوا

وقوله (وإذا أشرع في

الطريق روشنا) وهو الممر

على العلويين لو جوب

الضمان

فالمصنف تعرض للأول دون

الثاني قوله بيان الإباحة

وهو ظاهر) أقول فإنه

إذا وسعه الانتفاع به وسعه

احدائه أيضا (قال المصنف

وإذا أشرع في الطريق روشنا)

أقول روشن هو الرف عن

الازهرى وعن القاضي الصدر الأمر على العلوي وهو مثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس روشن السكة

وكذلك

ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقص كفى الملك المشترك فان اسكل واحد حق النقص لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال (وبسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق ما في عناءه به إذا المانع متعنت فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيغافا وميزا بالابا ذنهم) لأنهم لم يملكوا كونه لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أولم يضر بالابا ذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لانه لا يتعدى الوصول إلى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكمي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى ارضائهم ممكن فبقى على الشرية حقيقة وحكما قال (وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزا بأو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته) لانه مسبب لتلفه متعدي بشغله هو الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

(قوله وبسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق ما في عناءه إذا المانع متعنت) أقول هذا المقام محصل الكلام فان المدعى هنا هو ابا حدة الانتفاع بالأمور المذكورة آنفا للذي عملها مالم يضر بالمسلمين مستثله متفق عليها بين الأئمة وقد دله المذكور في الكتاب لا ينشئ الأعلى أصل محمد أما أولا فلأن قوله فليحق به ما هو في معناه ليس بنافذ على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمهما الله إذ قد صرح في الشروح وعامة المعسرات أن أصلاهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير اذن الامام لأن فيه الاقتيات على رأى الامام فيما إليه تدبيره فكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر

قول محمد رحمه الله ليس له أن يخاصم بالمنع ابتداء ولا بالرفع انتهاء إذا لم يكن فيه ضرر لانه ما ذون في احداثه شرعا فهو كالأذن له الامام فيه بخلاف مالو كانت السكة غير نافذة فإنه ممنوع من احداثه شرعا وان لم يكن يتضرر به أهل السكة لانه كالمملوك لهم وفي الملك المشترك لا يعتبر الضرر وعن أبي قاسم الصغار أنه قال إنما يلتفت إلى خصوصته إذا لم يكن مثل ذلك أي من الجرح من وغيره فان كان له مثله لا يلتفت إلى خصوصته لانه لو أراد ازالة الضرر عن الناس ليد أن نفسه وجب ثم يبدأ لانه متعنت وليس بمحتسب ولا يقضى بالهدم بخصوصة العبد والصبيان المحجورين لأن خصوصتهم المحجور لا تعتبر في ماله وكذلك في مال غيره وان خاصه ذمى يقضى عليه بالهدم لأن الذي حقا في الطريق وهذا إذا بنى على طريق العمامة بناء لنفسه فان بنى شيئا للعمامة كالسجد ونحوه ولا يضر بالمسلمين لا ينقض كذا روى عن محمد رحمه الله وأما الضمان فتقول الذي أخرجه ضامن لما تلف به لانه متعدي في التسبب إلى الاتلاف من حيث أنه شغل عما صنع طريق المسلمين فيضن كالأحقر بنرا على قارعة الطريق لكن المتلف ان كان آدميا فالضمان على عاقلته وان جرح انسانا ان بلغ أرضه أرض الموصحة يجب على العاقلة وإذا كان دونه يجب في ماله وان أصاب مالا فاتلفه فضمنه في ماله (قوله إذا المانع متعنت) أي المانع من الانتفاع والمتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه ولا لغيره (قوله لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء لأن الضرر يكون بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرر من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضررك كذا في المغرب والضرر في الجزاء هو أن يتعدى المجازى على قدر حقه في القصاص أو غيره * الدرب الباب الواسع على السكة والمراد به في قوله زقاف أو درب غير نافذ السكة الواسعة نفسها كذا في المغرب (قوله لأنهم لم يملكوا كونه لهم) أي الغالب أنهم لم يملكوا كونه لهم الكسائر رحمه الله الآن ياذن جميع أهل الدرب لأنهم لم يملكوا كونه لهم هذا هو الغالب وفي الجماع الصغير لنفع الإسلام رحمه الله المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعله الملك فقد تنفذوهي مملوكة وقد بسد منفذها وهي للعمامة ولكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على

وقوله (٢٤) كذا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرح من وقوله (فالأضمان على الذي أحدثه فيهما) يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصابه جميعا وعلم بذلك أولم يعلم أي الطرفين أصابه وبالجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لأنه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرمات الأرض إنما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس (٢٤١) بقاتل حقيقة والاساوي الملك غيره

كأن الرمي قيل إن كان قتيلا حقيقة فالقياس شهول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمات وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب أن الضمان يعتمد الاتفاق بطريق صيانة التعدي للمدعى عن الهدر وقد تحقق باحداثة في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرمات فيعتمد ان القتل عمدا أو خطأ ولم يوجد شيء منها وقوله (اعتبارا للأحوال) يعني يعلم يقين أنه قتل الجراحة ولا يعلم أنه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وإن كان بالخارج فعليه الضمان فيحصل منه حصول بالطرفين وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشتري متعد أيضا بترك الزرع مع امكانه شرعا وأجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسبب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فإنه لا ضمان لأنه ليس بمباشر ولا متسبب واستشكل أيضا بالحائط

وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا عثر بنقضه انسان أو عطب به دابة وإن عثر بذلك رجل فوقه على آخر فانا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) لأنه يصير كالمدافع إياه عليه (وان سقط الميزاب نظر فان أصابه ما كان منه في الحائط جلا فقتله فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعد فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن المسيراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتبارا للأحوال (ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركتها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لأن فعله وهو الوضع لم ينفعه نزول ملكه وهو الواجب (ولو وضع في الطريق حجرا فأحرق شيئا على أصابه ما هو والافتيتان على رأي الامام فيما يليه تدبيره وإن لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى الضرر الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح إلحاق ذلك به وأما ما نأى فلان قوله اذا المانع منعته ليس بنام أيضا على أصاله ما قطعها ولو وضع عندهما كون المانع منعته لما ذهب الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبنا ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه قبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرح من أقول لعزل قول المصنف هذا مستدرك لأن ما مر آتفان لفظ شتمه القدر دورى وهو قوله واذا أشرع في الطريق برق وشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فإل بدعي عاقلة كان متناولا للجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فصرحة كما ترى وأما الغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذلك اذا عثر بنقضه انسان أو عطب به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيها اذا عطب به دابة يجب ضمانه في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله أو عطب به دابة اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجر وجوب الضمان لافي وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيم قوله اذا أخلافه الروشن المحرم على العاقل وهو مثل الرف كذا في المغرب وقيل الروشن الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور (قوله وكذا اذا عثر بنقضه انسان) أي فعطب وفي بعض النسخ وكذا اذا عطب بنقضه أي انسان فالدية على عاقلة من أشرع الروشن أو غيره (قوله أو عثر بذلك) أي بالنقض رجل فوقه على آخر فانا فالضمان على الذي أحدثه فيهما أي فضمنهما على من أشرع الروشن أو غيره (قوله اعتبارا للأحوال) أي للعالمين يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلنا بالضمان النصف وفي فتاوى فاضيلنا وإن لم يعلم أيهما أصابه في القياس لا شيء عليه لو وقع الشك في الضمان وفي الاستحسان يضمن النصف (قوله وبرئ اليه منها) أي برئ مما يحدث منه وهذا التبري لا ينفعه لأنه يبرأ من ضمانه عليه وتروا الانسان عن ضمانه عليه للغير باطل وإن كان بعد سبب الوجوب (قوله فالضمان على البائع) لأن فعله وهو الوضع لم ينفعه نزول ملكه وهو الواجب

(٣١ - تكملة الفتح والكفاه) - (تاسع) المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسا فانه لا ضمان على البائع وإن كان جانيا بتركه النقض بعد التقدم اليه والجواب أن صبر وروء صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتباره ملكه وقد زال بالبائع وصبر وروء يخرج الجناح شغل هوا طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبائع (قوله يعني يعلم يقين أنه قتل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتل الميزاب

وقوله (ولو حركته) أي الجرح قبل فيه تلويح إلى أن الرجح ان هبت بشروها فحرق شيئا وجب الضمان لأن النعدي كان يوضع الجرح وهو بات في مكانه والذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل إذا كان اليوم ربحا يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والاول أعنى الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني وقوله (وقد أفضى إليها) أي إلى عاقبته وهو الحرق بواسطة الرجح قوله (ولو استاجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج لفعله أخر جوا اجناحا على فناء دارى فان لى حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا ففسقوا وأصاب شيئا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامرهم فلمهم ان يرجعوا به عليه كما لو استاجره ليدفع شاة ثم استحققت (٢٤٢) بعد الذبح فلم يستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الأمر وان قال أشرعوا جناحا على فناء دارى

يضمنه) لانه متعد فيه (ولو حركته الرجح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا يضمنه) لنسخ الرجح فعله وقيل إذا كان اليوم ربحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها ففعل كما يشترطه (ولو استاجر رب الدار الفعلة) لأخراج الجناح أو الظلة فوق وقع قتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما إلى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتل حتى وجبت عليهم الكفارة تعتبر بنقضه انسان وقوله أو عطلت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التسهيل (قوله ولو استاجر رب الدار الفعلة لأخراج الجناح أو الظلة فوق وقع قتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للأجزاء اجناحا على فناء دارى فإنه ملكى أولى حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بامر الأمر فكان له أن يرجع به عليه كالأمر استاجر غيره ليدفع له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فلم يستحق أن يضمن الذابح ويرجع به على الأمر لانه غره كذا هذا وان قال المستاجر للأجزاء أشرعوا إلى جناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامرهم ثم سقط فأتلف شيئا سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجزاء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان وكذلك في الجناح وجدت الجنائية من البائع لشغل هواه المسلمين بالجناح وبالسبع لم يزل هذا الشغل فبقيت جنائية على حالها فان قيل المشتري بان أيضا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعا قلنا المشتري غير مباشر ولا مسبب لانعدام الفعل منه وانما صار تاركا معروفا فلا يضمن كمن رأى أعمى يقع في البئر فلم يمنع من الوقوع حتى مات أو رأى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام فلم يدفعه اليه حتى مات أو وضع رجل حجر في طريق فرج به انسان وأمكنه الرفع كان عليه أن يرفع وان لم يرفع حتى يمتد به انسان ومات لا ضمان عليه لما أنه غير مباشر ولا مسبب (قوله ولو حركته الرجح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا يضمنه) أي لو حركت الرجح عن الجرح وانما قيد به لان عند بعض أصحابنا أن الرجح اذا هبت بشروها فحرق شيئا فالضمان عليه في ذلك لان الرجح انما ذهب بشروها ولم يذهب بعينه فاعين باقي في مكانه فكانت الجنائية باقية فكان ضمان ذلك عليه (قوله وقيل إذا كان اليوم ربحا يضمنه) هذا اختيار الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله لا يقول بالضمان من غير تفصيل كذا في النخبة (قوله قد أفضى إليها) أي إلى عاقبته وهو الحرق بواسطة الرجح فلا ينفذ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى موضع لانه كان عالما به بمنزلة الغاية التي جالت في بابها كذا في المبسوط (قوله ولو استاجر رب الدار الفعلة الخ) وقال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح

جناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لاحق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا ففسقوا وأتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعلمهم الضمان ولم يرجعوا به على الأمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لا يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليدفع شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث انه فناء مما لا يملك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مما لا يملك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد

يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه علام ما واطهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل وأولى من اظهارها قبل الفراغ لان الأمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل (قوله وهو على وجوه ان قال المخرج إلى آخر قوله وانما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب محله المباشرة ولهذا يجب الكفارة فلا فرق بين علم الفعلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبب لا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة ولهذا شبه بذبح الشاة وسجى عن الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعي بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا يجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهذا مباشرة انتهى في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

والقتل غير داخل في عقده فلم يسلم فعلهم اليه فاقصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً) لانه مع الاستحسان حتى استحقوا الاخر ووقع فعلهم عمارة واصلاحاً فانقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان أو دابة وكذا اذا رشح الماء أو توضأ) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو فعند أو وضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى وكفى الدار المشتركة قالوا هذا اذا رشح

سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بمال ملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كالأمر بغيره لانه لا يجوز له فذبح ثم ضمن الذابح للمزارع يرجع به على الأمر وكذا لو أمر مستاجرهم لينبوا بيتاً في وسط الطريق ثم سقط فالتف شيال يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل علام ما اظهره شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهره قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه ملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذ التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندى من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكرها لانه أمرهم بمال ملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بان ليس له حق في ذلك لافباذا لم يخبرهم بذلك اذ علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد ستر وهما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق

للأجراء ابنوا جناحاً على فناء دارى فانه ملكى أولى حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة حتى بنوا جناحاً ثم سقط فاصاب شيافا الضمان على الاجراء ويرجعون بالضمان على الأمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الأمر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر رجل غيره ليدبج له شاة ثم استحققت الشاة بعد الدبج فلهذا يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر كذا هذا وان قال المستاجر للاجراء اشرعوا الى جناحاً على فناء دارى وأخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح أولم يخبرهم حتى بنوا جناحاً بامرهم ثم سقط فالتف شيال ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء لم يرجعوا به على الأمر قياساً واستحساناً وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس لان المستاجر امر الاجراء بمال ملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كالأمر بغيره لانه لا يجوز له فذبح ثم ضمن الذابح للمزارع يرجع به على الأمر وكذا لو استاجرهم لينبوا بيتاً في وسط الطريق ثم سقط فالتف شيال يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه مباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل علام ما اظهره شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهره قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه ملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل فلذلك كان اظهره شبه الصحة بعد الفراغ أولى من اظهره قبل الفراغ كذا ذكره الامام الهروي (قوله فالضمان على رب الدار استحساناً) وفي القياس هذا كالأول لانهم باشروا الاحداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر امره فباله ان يفعل بنفسه (قوله بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة) يعني لو صب الماء أو رشه

وقوله (لانه مع الاستحسان) يعنى بالنظر الى أن له أن ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان أمره معتبراً ووقع فعلهم عمارة واصلاحاً فانقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه ولو فعله بنفسه يقيّد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا أمر به وقوله (بخلاف ما اذا فعل ذلك) يعنى الصب والرش والوضوء وقوله (كفى الدار المشتركة) يعنى أنه له أن يغفل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار الحلق

ماء كثير بحيث يزلق به عادة أما اذا رشح ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن

اشراع الجناح من القديم أولم يخبرهم والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث أن فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحشية على العامل قبل الفراغ من العمل مع أن مدخلية هذه الحشية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لأنه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحشية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك باشرع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحشية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الأجر أو يرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الأمر ابتداء مع أن الفعلة يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضا إذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الأمر ابتداء لأن الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الأمر أنه ملحق أولى حتى ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الأمور كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليقها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الإسلام بل ياباه جدا قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال في تعليل الأول أن التلف كان بفعلهم وإن فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إلى رب الدار فاقصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الأمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا أي في الوجه الأول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الإسلام وهو ما إذا أخبرهم الأمر بأن له حقا في ذلك لأن فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الأمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان إخباره لهم بأن له حقا في ذلك وعدم إخباره لهم بذلك سينقطعوا ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره لرجوعهم بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا في الوجه الأول من الوجوه التي ذكرها وسواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لأن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليهم فإن فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا للأمر خارجا عن عقده فلم يكن بأمر الأمر فكان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم ويقتضي أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره ليدفع شاة ثم استحققت بعد الذبح فلامستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فإن فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الأمر بحكم التفرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا ثم إن بعض الفضلاء قال هنا لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فإن ما ذكر في الكتاب محله المباشرة ولهذا يجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون التسبب لا نأقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلماذا شبهه بذبح الشاة وسيجيء من الشارح أيضا أو ترضا في سكة غير نافذة فعطبه به إنسان ينظر أن فعل ما ليس من جملة السكنى كقهر البئر لا يضمن حصته نفسه ويضمن حصته شر كائنه وإن فعل شيئا من جملة السكنى كما إذا وضع خشبة أو ترضا أو وقع أو أوقف دابة فعطبه به إنسان فالقياس كذلك وفي الاستحسان لا يضمن شيئا من الطريق في سكة غير نافذة مملوك لاهل السكة مشترك فيما بينهم فكان الجواب فيه كالجواب في الدار المشتركة فالجواب في الدار المشتركة أنه إذا حدث

(ولو تعمد المرو في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الرأس) لانه صاحب علة وقبل هذا اذا رشح بعض الطريق لانه يجرد موضع المرو ولا أثر للماء فيه فاذا تعمد المرو وعلى موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الرأس شيء وان رشح جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرو وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رشح فناء حانوت باذن صاحبه فضمن ما عطب على الأمر استحسانا واذا استأجر أجيرا لبيئته في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فبات يجب الضمان على الأمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الأمر قال (ومن حفر بئر في طريق المسلمين أو وضع حجر افتلف بذلك انسان فدينه على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمن ما في ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمه في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب موضع كذسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بتعدي فله ما أحدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

يعني صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعل أو من الأمر ولو كان مباشرة من الفعل لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعاً كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منها بل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحساناً كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذي الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده والذي سيجي من الشارح أيضاً لا بد وأن يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية وأما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقاً لفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى (قوله ولو تعمد المرو في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الرأس) أقول في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر أنفاً وكذا اذا رشح الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسئلة رشح الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكرنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرو في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الرأس فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتذر عنه بأنه انما فعل هكذا لعمامة الاتحاد لمسئلتى الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بغيرهما بما ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجيرا لبيئته في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فبات يجب الضمان على الأمر استحساناً) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء غير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالماً به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى أقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعهم وان دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أن الفناء للمستأجر إلا أنه يدل باطلاً فاعلى أن الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيس بكون موته بعد تعمله به بعد

أحد الشر كآخذنا بغير اذن شركائه على التفصيل الذي ذكرنا كذا ههنا بخلاف ما اذا كانت السكة نافذة (قوله واذا استأجر أجيرا لبيئته في فناء حانوته الى قوله يجب الضمان على الأمر استحساناً) هذا اذا لم يكن الفناء يملكو كالمستأجر الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها كذا في المغرب وذكر الامام الترمذ في حقه الله الفناء ما عدل حوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الأمر بخلاف الفناء لانه يباح له فيما بينه وبين ربه أحداث مثل ذلك في فناء اذا

الملك بحقيقته وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلحت لازمة للحكم اليها بطل غير ما وقوله (في فناء حانوته) قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما عدل حوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله (فتعقل) أي تشب وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالماً به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر قال (ومن حفر بئر في طريق المسلمين) كلامه واضح

الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا التعدي به بشغله (ولو وضع حجرا فضاء غيره عن موضعه فغضب به انسان فالضمان على الذي نجاه) لان حكم فعله قد انتسخ لغراغ ماشغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البلوعة يحفرها الى جمل في الطريق فان امره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعدي حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة (وان كان بغير امره فهو متعدي) اما بالنصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأى الامام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره

فراغ الاجير ولم يتعرض له الشارح أيضا فانه صر (قوله وفي الجامع الصغير في البلوعات يحفرها الى جمل في الطريق فان امره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكرهه قوله وأجبره كالعطف التفسيرى اه أقول ليس هذا بسد بيلان كون مجرد الامر من السلطان اكرهاه ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد امر الامام ايسر باكره الخزان يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه اكرهاه قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن لا ستلزام الامر الاذن وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به في عامة المعبريات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفًا تفسيرى بانحلاله لان العطف التفسيرى لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقى لنا شئ في قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان بما فاده يعلم عدم ضمانه قطعًا فيما اذا أجبره عليه فافادته ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو امره به لكان له حسن لكون الثاني من قبيل الترقى تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراخ أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرح من الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراخ الروشن وحفر البئر وزاد صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صب الماء في الطريق وكذا رش الماء أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراخ شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكر واجمع ما وقع في الباب قبل

كان لا يتصور به غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره في ذلك ولكن لما كان الغناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة بالبلوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة تذكرها في الصحاح الافتيات الاستبداد بالرأى افعال من الغوث بمعنى السبق وفي حديث عبد الرحمن بن بكر امثلي يفتات عليه في بناءة مبنيا للمفعول أى لا يصلح امره بغير اذنى كذا في المغرب (قوله أو هو مباح مقيد بشرط السلامة) لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة وفي شرح الاقطع وقد قالوا الوقعد في الطريق ليس بترجى أو لمرض اضغفه فعثر به انسان ضمن لان المشى في الطريق مباح بشرط السلامة كما ان الله تعالى اباح الرعى الى الصيد ولو رعى الى صيد فاصاب آدميا أو شاة ضمن فاعتبر فيه السلامة كذلك ههنا (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل) وهو انه لو فعل بامر من له الولاية في الامر لا يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر واحد يضمنه (قوله مما ذكرناه) أى من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرح من الى غير هالى الطريق الاعظم وكذلك اشراخ الروشن وحفر البئر في طريق المسلمين (قوله وغيره) وهو كبناء الظلة

والبلوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأى افعال من الغوث وهو السابق وقوله (وكذا الجواب على هذا التفصيل) يعنى انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لا يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر أحد ضمنه وقوله (مما ذكرناه) يعنى من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرح من وبناء الدكان واشراخ الروشن وحفر البئر وقوله (وغيره) يعنى ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع وقوله (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) يعنى كما اذا امره الامام حفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفره في ملكه وان لم ياذن له الامام وقوله (وكذا اذا حفره في فناء داره) يعنى

(قوله والبلوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة) أقول وهذا المعنى لا يلائم المقام قال المصنف فان امره السلطان بذلك أو أجبره عليه لا يضمن

وان لم يكن الغناء ملكه وقيل جازله ذلك اذا كان الغناء مملوكا له أو كان له حق الحفر بان لا يضرب لخذ أو ذنه له الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن اذا كان الغناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق وما ان الواقع فيه جوعا أو غما) أي اختناقا بالعقوبة قال في الصحاح (٢٤٧) يوم غم اذا كان ياخذ النفس من

شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه مع الاثر في ما لو حبس رجلا في بئر حتى مات غمافانه لاضمان عليه بخلاف ما لو مات فيمنع الوقوع لان أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وان استاجر أجرا فخروها له في غير فئانه) يعني بان كان الغناء للغير أو طريق العامة لكنه غير مشهور فاما ان يعملوا أنما في غير فئانه أولا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعملوا ذلك وذلك يكفي لنقل الفعل الى الامر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا اذ لم كون الضمان على المستاجر وقوله (لانهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار أقول الامر من السلطان اكراه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري واذا

في ملكه لا يضمن) لانه غير متعد (وكذا اذا حفره في فناء داره) لان له ذلك لمصلحة داره والغناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الغناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشترك كابان كان في سكة غير نافذة فانه يضمن لانه مسبب متعدد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لانه من على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فذلك وان مات غما فالخافض ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع فلا يمتحن بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لو لاه لكان الطعام قريبا منه قال (وان استاجر أجرا فخروها له في غير فئانه) فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا أنهم في غير فئانه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعملوا بفعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر ببيع هذه الشاة فذهبها ثم ظهر أن الشاة لغيره الا أن هناك يضمن المأمور

بما تركوه وما بعده وان زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما تركوه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظالة من غير ما ذكر في الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استاجر رب الدار الفعل لاخراج الجناح أو الظلة فوقع وقتل انسانا لم يمكن أن يعتذر عن الثاني بان الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة فتوقف حل الشراح مسئلة استئجار الفعل لاخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما صار على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلها مما نحن فيه هنا أو ادوا بناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناؤه في طريق العامة وأنهم جعلوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استاجر الغير لفعله فلم يعد وما استاجر رب الدار الفعل لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا أو ادوا بناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناؤه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمش في فناء الدار أيضا وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة في التخصيص بل لوجهه تفكره (قوله وكذا اذا حفره في فناء داره) يعني وان لم يكن الغناء ملكه كذا في العناية وغيرها قول رد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما صار من المسئلة المقررة للمجمع عليها وهو قوله واذا استاجر أجرا لبنى له في فناء داره ففعل به انسان بعد فراغه من يجب الضمان على الامر استعسا بانا قتل (قوله وقيل هذا اذا كان الغناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جهو والشرح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضرب

وغرس الاشجار وروى الثلج والجلوس للبيع وهذه الاشياء غير مذكورة وقد ذكرها الامام الترمذي (قوله أو كان له حق الحفر فيه) بان كان لا يضرب بالنارة أو ذنه له الامام وغما أي اختناقا بالعقوبة وفي الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر (قوله لانه مات لمعنى في نفسه) أي صار كانه مات حنث نفسه لا بسبب الوقوع في البئر وفي المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحفر اذا هلك بسبب الوقوع لجعل الحافر كالدافع فاما اذا طرأ عليه سبب آخر هو سبب هلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه أو الغم الذي أثر في قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا يصنع الحافر فيه (قوله لانه لا سبب للغم سوى الوقوع لانه انما جعل الارض عيقا وهو من آثار حفره فان البئر تنبعث بها العقوبة فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع في البئر واما الجوع فله سبب آخر سوى الوقوع وهو بعد الطعام عنه واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام (قوله لولا لاه لكان الطعام قريبا منه) والحافر متعد في ذلك السبب اذ الحكم

أذن ولم يصر ينبغي أن لا يكون متعديا اذ لا تيات (قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلا عن الاسجاني فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله

هذا الامر في حقه ظاهر او كون المأمور مغرورا كالا تمر بدينج شاة ظهر فيها ١- تحقيق الغير الا ان هناك ضمن المأمور ورجوع على الامر ليكون مباشرا وكون الامر (٢٤٨) مسيبا والترجيع للمباشرة فيضمن ورجوع للغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل

و يرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسيب والترجيع للمباشرة فيضمن المأمور ورجوع المغرور وههنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاحير غير متعد والمستاجر متعد غير جانيه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور في الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فاني وليس له فيه حق الحفر فخر وايمان فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فمأخروهم (وفي الاستحسان الضمان على المستاجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه بمملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكني ذلك لنقل الفعل اليه

باحدا واذن له الامام في ذلك اقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل اما في الاول فلان قول المصنف اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا ليا بانه جذا فان عدم الضرر لاحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين او مشتركا ايضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه واما في الثاني فلانه اذا اذن له الامام يجوز له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطل فيه كإمره أن تغاولا شاك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفزه في ملكه لم يضمن وكذلك اذا حفزه في فناء داره وان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام بضار عن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفزه في ملكه لم يضمن يعني كما اذا اذن له حفزه في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفزه في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلامعنى للحل ما قبل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام ايضا على التقييد باذن الامام كالا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره اذا كان الفناء بمملوكا له أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقبدا بشرط السلامة لعدم التعدي أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول قد زاد ذلك الشارح نكمة في العتبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان قال أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما رد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعاليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقبدا بشرط السلامة لعدم التعدي و رد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلامعنى للتقييد بشرط السلامة كالا يخفى ثم اقول الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استاجر للانتفاع فيه أو نحو ذلك فحينئذ ينتظم السبق والحق بالاعتبار كاترى (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور في الفعل مضافا اليهم) قال صاحب الغاية في عبارة المصنف تسامح لان حجة الامر فيها نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعديل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى اقول ليس هذا بسد لان مدارج التماسح في عبادة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعاليل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء حجة امره حقيقة قوله ولا يبرر و اشارة الى انتفاء حجة ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف لتعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كاترى فلم يتم القول بان ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لان نارة يضاف الى السبب بغير واسطة ونارة بواسطة وكذلك يضاف الى الشرط نارة بواسطة ونارة بغير واسطة

واحد منهما مسبب والاحير غير متعد والمستاجر متعد غير جانيه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم حجة الامر بما ليس بمملوك له فلا يتقبل فعلهم اليه ولبسوا بغير ورجع فينتفي الضمان عنهم فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان حجة الامر فيها نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعديل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطوبى بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر بانسراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضاهنوا ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف في دينج شاة غيره بان الذابح مباشر والامر مسبب وقد تقدم أن انسراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاتها (وان قال لهم هذا فاني) ظاهر وقوله (فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا

(قوله وفي عبارته تسامح الخ) اقول لا تسامح اذ المراد أنه لا يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به

ولا ظاهرا لعدم الغرور وقوله لان حجة الامر لا تحتاج الى ان أراد حجة الامر حقيقة فغير مسلم وقد دل عليه قوله قال سابقا لوقوف على حجة التام حقيقة ظاهرا ان لم ولا يفيد كالا يخفى (قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) اقول فيه بحث

يعني قوله لا انطلاق يده في التصرف الخ فان قيل قوله ليس في حق الجفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس في حق الجفر يحتمل أن يكون مراده ليس في ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير إذن الامام) كلامه واضح قوله (لان الاول) (٢٤٩) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة

(تعد) أما وضع الخشبة فيكونه تعديا ظاهرا وأما بناء القنطرة فلان الباقي فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القنطرة على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة اللازم فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعدل الجحالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطبه فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعزبه بعد ما وقع في الطريق وقبه نظرا لان قوله فعطبه معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعزبه نعم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فعطبه به انسان فيموت قال الخامل ضامن يشملهما والفرق بين العبواتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشار الى قوله فعطبه به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسدان

(قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فما يفعل

قال (ومن جعل قنطرة بغير إذن الامام فتعمر رجل المرو وعليها دعاب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمر رجل المرو عليها) لان الاول تعدد تسبب والثاني تعدد ومباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخلف فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الخافض الملقى قال (ومن حل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطبه به انسان فهو ضامن) وكذا اذا سقطت تعزبه انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطبه به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه

كونه فانه لا يملكه كونه مملوكا له لا انطلاق يده في التصرف فيه الخ قال في العناية أخذ من معراج الدراية فان قيل قوله ليس في حق الجفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس في حق الجفر يحتمل أن يكون مراده ليس في ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لشيء مضمون الجحالة لا عند جهور النجاة على ما تقر في موضعه فينبذ لا يحتمل قوله ليس في حق الجفر غير في حق الجفر عنه حالا وأما عند بعض النجاة فكلمة ليس وان كانت للشيء مطلقا الآن معناه أن مضمون الجحالة اذا قيد بزمان من الأزمنة فهو على ما قبله وأما الالم بقيد بزمان فيجمل على الحال كما يحتمل الإيجاب عليه في يجوز يدق كذا حقه الاندلس واستحسنه الرضوي وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيجمل على الحال كما يحتمل الإيجاب عليه قطعاً لكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صرح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الاجراء قياساً لانهم علموا بفساد الامر فساغروهم اذا العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دالة ذلك وأما ما وقع في لفظ المبسوط فانظروا أن المراد به ليس في ذلك من القديم لكنه في الحال والاسام وجه الاختسان ثم أقول الحق عندى في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس في حق الاختصاص حق الجفر فيه على أن يكون الامم في حق الاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامه المسلمين أو مشتركاً بان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط سلامة ولا ينافي أيضاً قول المصنف في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فساغروهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس في حق الجفر أصلاً أى لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس في حق الاختصاص حق الجفر فلان الامر بالجفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسداناً له تعدد لولها الفعل بنفسه فتلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جهور الشراح أشار

(قوله لان الاول تعدد وتسبب) وهو بناء القنطرة ووضع الخشبة وانما سمي بناء القنطرة تعدد بالان الذي جعل القنطرة فوت حقا على غيره فان التدبير في موضع القنطرة على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فسكانه جناية بهذا الاعتبار والجناية تعدل الجحالة (قوله والثاني تعدد ومباشرة) لانه اذا تعمد المرو بان كان بصيرا ويجد موضوعاً خروا لمرور صار متعدداً فينسب التلف اليه دون المسبب وصار كأنه تلف نفسه فاما اذا لم يتعمد بان كان اعمى أو مريلاً يضمن اذا وضعه بغير إذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن (قوله وهذا اللفظ) اشارة الى قوله فعطبه فهو ضامن (قوله يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع ذلك الشيء المحمول عليه وتلف الانسان بالتعزبه بذلك الشيء

(٣٢) - (تكملة الفتح والكفاية) - (تاسع) يقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعوا به اذ العلم لا يجمع الاحتمال (قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول لك أن تقول قوله فسقط فعطبه به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطبه به انسان فانه لا يفرق بين اللفظين بنفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً

فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللبس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباهاً مطلقاً وعن محمد أنه إذا لبس ما يلبسه عادة فهو كالخامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه قال (وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديل أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الوجهين جميعاً لأن هذه من القرب وكل أحد ما دون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله

المصنف بقوله وهذا اللفظ إلى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق أو لول ما ذهبوا إليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الإنسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك كان قوله وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستند كالحضائر فإنهما لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله هذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن إذ لا وجه لتأخير بيان ما في المسئلة الأولى عن ذكر المسئلة الثانية بل أمر داغ اليه وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب إليه جمهور الشراح وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى أقول إن قوله ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لأن قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المنع مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أتجب من هؤلاء الشراح كيف - لو أراد المصنف ذلك المتقن النحر على ما ياباه من له أدنى دربه بأساليب الكلام وجعل تاج الشر يعمد قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن وهو الحق الصريح هتدي أيضاً فإنه مصون عن المحذور أن المذكورة كلها رده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن وهو بالنسبة إلى رداء فاسد لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى أقول رده مردوداً لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضاً في حال النوم بل في حال اليقظة أيضاً فيجوز بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن إمكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم إن بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به إنسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فإراد الفرق بين اللفظين نفسها - فامع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه ألا يرى إلى دليله إلى هنا لفظه أقول كل من مقدمات كلامه كاسد أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على إنسان فإراد الفرق بين اللفظين نفسها مع قطع النظر عن الغير فلا فرق بين اللفظين بنفسهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجاً من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو ومن الكلام ههنا مثله لا يليق بمن له أدنى غير فضلاء عن المصنف الذي هو علم في التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه فلا يزال الجواب لا بد فيه من قرينة لا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى إلى دليله فلا من عدم الدليل لاية تضمن في عوم المسئلة ألا يرى أن كلمة الكبرى شرط في إنتاج الشكل الأول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقال لا يضمن في الوجهين جميعاً) أي فيما إذا فعل ذلك أحد من العشيرة وفيما إذا فعله أحد من غير العشيرة قال صاحب

المحمول بعد ما وقع في الطريق (قوله وعن محمد رحمه الله إذا لبس ما يلبس فهو كالخامل) أي لبس ثوباً زيادة على قدر الحاجة يضمنه إذا سقط منه وعطب به إنسان لأنه لا تتم به البلوى (قوله كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا) فإن شهادته من حيث أنهم اشهاد في حقوق الله تعالى حسب سببه كانت أقر بقرئته لكن من شرط قبول

موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعني بوصف السلامة وقوله (ملا يلبسه عادة) يعني مثل اللبس والجوارق ودور الحرب في غير موضع الحرب وكذا إذا لبس زيادة على ما يحتاج إليه على رواية ابن سماعين محمد رحمه الله لعدم عوم البلوى به وقوله (للعشيرة) يعني أهل المسجد وقوله (ضمن) يعني إذا فعل ذلك غير أحد أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما إذا فعله بأذن واحد من أهل المسجد لا خصوصه ألا يرى إلى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل السرع ولا بعد موت الإنسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا بعد جعل قول الشراح ولعل المصنف نظر إلى المعطوف الخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعني اذا لم يكن الباى موجودا اما اذا كان
 الا أن ينصب شخصاً والقوم يريدون من هو أصح منه ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم أولى بنصب الامام والمؤذن
 والباى أولى بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم غير أهله) فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس غيرهم أن يكرر
 الجماعة وقوله (وقصد القربة لا ينافي الغرامة) جواب عن قولهم ان هذه من القرب وقوله (كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا) فانه قصد القربة
 لكن أخطأ الطريق فان شرطها أن يكون الشهود أربعة ممن تسمع شهادته فاذا انقضت انقلب قضا واستوجب الحد قال (وان جلس فيه رجل
 منهم فعطب به رجل الخ) وان جلس في المسجد رجل من العشرة فعطب به رجل (٢٥١) فاما أن كان في الصلاة أو لم يكن فيها فان
 كان في الصلاة فلا ضمان
 عليه سواء كانت الصلاة
 فرضاً أو نقلاً لان النقل
 بالشروع يصير فرضاً وان لم
 يكن فيها بل كان قاعداً
 لغيره ضمن عند أبي حنيفة
 رحمه الله وقال لا يضمن على
 كل حال (ولو كان جالساً
 لقراءة القرآن أو لتعليم)

ياذن واحد من أهل المسجد ولا يحنفت هو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم
 كنصب الامام واختيار المتولى وفخه بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم غير أهله فكان فعلهم مباحاً
 مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدياً ومباحاً مقيداً بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي
 الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال
 (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن) وهذا عند
 أبي حنيفة وقال لا يضمن على كل حال ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو انما
 الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على
 هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

معراج المرافة قوله وقال لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام أو العشرة أو عدم اذنها وتبعه الشارح العيني
 أقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذالك الشارح ان لا يطابق المشرح كلاً لا يحنفى على ذي مسكة (قوله ولو كان
 جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو انما فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه
 لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا الحمل ولو كان جالساً لقراءة القرآن
 أو لتعليم أى تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة بمعنى منتظر لها أو انما فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة
 أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره
 أبو بكر الرازى وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه اختلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق
 انتهى أقول في تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازى قول بعضهم وأبي عبد الله
 الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم

الشهادة في الزمان يكون الشهود أربعة ممن تسمع شهادته فاذا انقضت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلب
 الشهادة فذا فوجب حد القذف على الشاهد (قوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو انما
 فيه في أثناء الصلاة أو انما فيه في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الخلاف) وذ كرشمس الأئمة
 السمرخسى رحمه الله في الجامع الصغير والصحيح من الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله انه اذا كان الجالس
 منتظراً للصلاة فانه لا يكون ضامناً لما يطب به لقوله عليه السلام المنتظر للصلاة في الصلاة مادام ينتظرها وانما
 الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه أو الحديث أو قراءة القرآن وذ كر
 في الذخيرة واما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد
 لذكر الله وتسبيحه أو لقراءة القرآن فعثر به انسان فمات هل يضمن على قول أبي حنيفة رحمه الله قال
 بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازى وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني فاما اذا كان

ضمن وغير الصلاة

(قال المصنف وقال لا يضمن
 في الوجهين جميعاً) أقول قال السكاكي وهما اذن الامام أو العشرة أو عدم اذنها وبه قال الشافعي في وجهه ومالك وأحمد قال الحلواني
 وأكثر مشايخنا أخذوا بقوله في هذه المسئلة وعليه الفتوى كذا في الذخيرة انتهى كلام السكاكي وقوله وهما اذن الامام الخ محل كلام
 (قوله بل كان قاعداً الغيرة) أقول قوله بل كان قاعداً الغيرة لا يطابق المشرح فان القعود لها محل الاختلاف أيضاً على تقرير المصنف
 فالأولى القصر على قوله أو لم يكن فيها (قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازى وقال بعضهم
 وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول نظم الكلام في سبط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من
 مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن واما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والجديد

يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كإثباته وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف (٢٠٢) وقيل لا يضمن بل لا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله (لهما أن المسجد انما ينابى للصلاة

والذكر) قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يشجله فيها بالغدو والآصال وقوله تعالى وأنتم عامتكون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما ينابى للصلاة)

وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول أن مجلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر نفسير الاسلام والصدور الشهيد أنه إن جلس للمسيث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث أو نام أو أقام فيه غير الصلاة أو مر فيه ما راض عنه وقال لا يضمن وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر أو لغير ذلك المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبه اتفاقي (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المردد بل النوم فيها فان

لهما أن المسجد انما ينابى للصلاة والذي كروا لا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة ولأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما ينابى للصلاة وهذه الاشياء ملحق بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غير وأن يكون الفعل مباحا ومندوبا إليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرجي إلى الكافر وإلى الصيد والمشى في الطريق والمشى في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فتمقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن) لأن المسجد ينابى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة أن كان مفوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

الفقه أو الاعتكاف أو قعد في كراهه أو يسجد أو يقرأ القرآن فعثر به إنسان فبان وأما فيما إذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه غير الصلاة أو مر فيه ما راض عنه إنسان فبان فغيبه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بل لا خلاف لأحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنام من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ونقلا أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقاية أمافي الأول فلان وضع المسئلة فيها قال وإن كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمردود فيه ما راء أمافي الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آتفا فكيف يكون هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختارا للمصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذ كر القول الآخر على هذا ليس بعز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بل لا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول اعلم سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحدا به لا يضمن في هذا القسم بل لا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية يفتق الكلام لا يخل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيارا لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فإن هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما ينابى للصلاة والذي كروا لا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس مباحا مطلقا) أقول هذا التعليل قاصر عن إفادة يصلي فعثر به إنسان فإنه لا ضمان عليه سواء يصلي القرائض أو التطوع لأن التطوع بصير فرضا بعند الشروع قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض سمعت أبا بكر البلخي أن مجلس لقراءة القرآن

المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الآن يقال لا كتر حكم الشكل (قال المصنف لهما أن المسجد انما ينابى

للصلاة والذي كروا لا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة) أقول لا يخفى عليك أحصية الدليل من المدعى الآن يلحق سائر المباحات مثل المردود والقعود للحديث لأن المناط هو الإباحة لا يرى إلى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه

لان المسجد موضع السجود ألا يرى أن المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشغل بالذكرك والقرأة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصلى دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولادلاله لما ذكر من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلاة مسلم اسكن لابد من التفرقة بين (٢٥٣)

والباقى واضح

(فصل في الحائض المائل)

لما كان الحائض المائل

يناسب الحرم والروشن

والجناح والكنيف وغيرها

ألقى مسأله به فى فصل

على حدة قال (واذا مال

حائض الى طريق المسلمين

الح) أخذ الشافعى رحمه

الله فى هذه المسأله توجه

القياس ولم يوجب الضمان

وعلمنا رحمهم الله

استحسنوا ايجاب الضمان

وهو مروى عن على رضى

الله عنه وشريح والنخعي

والشغبى وغيرهم من

التابعين رحمهم الله والوجه

من الجانبين مذكور فى

الكتاب وقوله (وكم من

ضرر خاص يتحمل دفع

العام) كالراى الى الكفار

وان تترسوا بالمسلمين

وقطع العضو لا كتعند

خوف هلاك النفس وقوله

(وتعملها العاقلة) قال

محمد رحمه الله ان العاقلة

لا تتحمل حتى يشهد

الشهود على ثلاثة أشياء

على التقدم اليه فى النقض

وعلى أنه مات من سقوطه

عليه وعلى أن العار له لان

كون الدار فى يده ظاهر

والظاهر لا يفتق به حق

على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه)

وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا يخوف أو يهدمه

تأمل فانهما حينئذ يحتاجان الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور فى الكتاب فهو باحتماله بكونه

من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لان المناط ليس مطلق الاباحة بل الاباحة المقيدة بالعلية بما ذكر (قوله لان المسجد موضع السجود)

أقول هذا دليل لغوى (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعى (قوله وما عرف الناس الحج) أقول هذا دليل عرفى *(فصل فى الحائض المائل)

(فصل فى الحائض المائل) قال (واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطوب صاحب به بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) والقياس أن لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعدي به لان أصل البناء كان فى ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الشاهد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد شغل هواه طريق المسلمين بملكه ووقعه فى يده فاذا تقدم اليه وطوب بغيره يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان فى حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طوب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولا نال ولم يوجب عليه الضمان يمتنع عن التفرغ يبيع فيقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فبعتن لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل دفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتحمّلها العاقلة لانه فى كونه جنايت دون الخطأ فيستحق فيه التحفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدى الى استنصاه والاحتفاف به وما تلف به من الاموال كاللادواب والعروض يجب ضمها فى ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطوب بنقض منه دون الاشهاد وانما مدعاها فى بعض من المسائل المذكورة كالنوم فى المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذى كروا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

(فصل فى أحكام الحائط المائل) لما ذكر أحكام القتل الذى يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرعى فى بيان أحكام القتل الذى يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقدم على الجماد لأن الحائط المائل لما يناسب الحرم والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائلها ولها أنى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا فى النهايه وغيرها

أومعته كفى فى المسجد لا يضمن عندهم جيعاؤذ كرفر الاسلام والصدر الشهيد فى الجامع الصغير ان جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالاجماع لانه غير مباح وان جلس رجل من غير العشرة فيه فى الصلاة فتعطل به انسان لا يضمن فى الصحيح لان المساجد أعدت للصلاة العامة من غير خصوص فكان لكل واحد ان يصلى فيه وحده وانما المفروض الى أهل المسجد امر الصلاة بالجماعة

(فصل فى الحائط المائل) (قوله والقياس ان لا يضمن) وهو قول الشافعى رحمه الله (قوله لانه لا يمنع منه مباشرة) أى لانه لم يباشر التلف ولم يباشر ما هو شرط التلف وهو متعدي به ومصرة الطالب أن يقول ان حائطك هذا مائل فاهدمه مولى المتنى رجل له حائط مائل فقال له آخرا هدم هذا الحائط فانه مائل فهذا اشهاد عليه ولو قال له ينبغى لك أن تهدمه فهذا ليس باشهاد عليه بل هو مشورة وبشرط لصحة التقدم والطلب ان يكون التقدم والطلب الى من له ولاية التفرغ يبيع لان الفعل انما يطلب من القادر حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض الحائط حتى سقط على انسان لا ضمان على أحد أما على السكان فلان التقدم اليهم لم يصح وأما على المالك فانه لم يتقدم اليه وكذلك بشرط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق والحق فى طريق العامة للعامة فيكتفى بطلب واحد من العامة وفى السكة الخاصة الحق لاصحاب السكة فيكتفى بطلب واحد منهم أيضا وفى الدار شرط طلب المالك وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوا به بدعوى الطالب بشرط لوجوب البضمان دوام القدرة على التفرغ يبيع الى وقت السقوط (قوله وكم من ضرر خاص يتحمل دفع العام) كفى الى

على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه)

وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا يخوف أو يهدمه

تأمل فانهما حينئذ يحتاجان الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور فى الكتاب فهو باحتماله بكونه

من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لان المناط ليس مطلق الاباحة بل الاباحة المقيدة بالعلية بما ذكر (قوله لان المسجد موضع السجود)

أقول هذا دليل لغوى (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعى (قوله وما عرف الناس الحج) أقول هذا دليل عرفى *(فصل فى الحائط المائل)

ذكر الاشهاد لئلا يمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل
اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يبنى الحائط لانعدام
التعدي قال (ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعد
ابتداء كافي اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة
على القتل وشرط الترتيب في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقص ليصير بتركه مائلا ويستوى أن
يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لان الناس كاهم شركاء في المرو فيصح التقدم اليهم من كل واحد منهم جلا كان
أو امرأتهم كان أو مكاتبوا يصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتنفر كل صاحب
حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها
سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بالمال ما شغل الدار فكذلك بالمال ما شغل هواءه ولو اجله صاحب الدار
أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيها تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال
الى الطريق فاجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجاعة المسلمين وليس اليهم ابطال حقهم
ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه
بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على
المشتري لانه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوبى به
والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح
التقدم اليه كالمزني والمستاجر والمودع وساكن الدار يصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك

(قوله والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه
لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا الاصل بما سياتي في الكتاب من أنه يصح التقدم
الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما
أنه يجوز أن يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سياتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه
ما ذكرهناك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئا مما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه
من النقص وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح أيضا

الكفار وان ترسو بصبيان المسلمين أو بالاسارى وقطع العضو لا كلة عند خوف هلاك النفس (قوله لان
هذه ليست بشهادة على القتل) لان الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة وهو المال لا القتل (قوله
ويستوى ان يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي) وفي شرح الاقطع وكذلك لو طالت به امرأة أو وصي أو رجل
غريب من بلد آخر لان جميع هؤلاء هم حق المرو في الطريق فصحت مطالبتهم لشبوت حقهم وفي شرح
الطحاوي لو كان الحائط مائلا الى الطريق العام فان الخصومة فيه الى الناس مسلمة كان أو ذميا بعد ان
كان حرا بالغافلا أو كل صغيرا ذمه وليس بالخصومة فيه أو كان عبدا أذن له مولاه بالخصومة فيه (قوله
بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح فان قيل في الطريق ينبغي أن يصح
التأجيل والاسقاط من واحد في حقه حتى اذا سقط الحائط على هذا المؤجل أو وقى له أو مال له كان ينبغي أن لا
يجب الضمان لانه ولاية اسقاط حق نفسه فلناحق في الطريق الاعظم غير معلوم ولا يجمل الاسقاط وهو
لا يجمل الوصف بالتجزى حتى يسقط في حق البعض دون البعض وحقه في الطريق المرو فيه وهو لا يجمل
الاسقاط حتى لو قال أسقطت حتى فلا أمر في هذا الطريق بعد هذا الاصل اسقاطه ولو ان هذه شركة عامة
ولا عبرة بها في نفاذ التصرف الا ترى ان تصرف واحد من المسلمين في مال بيت المال لا يغني حقه ولا في حق
غيره تكون الشركة عامة كذا هيها وانما يصح من الواحد طلب التفريغ والاشهاد باعتبار ان الواحد يقوم
مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة ولهم في الاشهاد منفعة أما في التأخير ضرر فلا يقوم الواحد فيه مقامهم

حتى لا يسقط ولا يتلف
شيا ولو قال ينبغي أن تهدمه
فذلك مشروط ويشترط
أن يكون التقدم من
صاحب حق كواجده من
العامة مسلما كان أو ذميا
أو ضيما أو امرأة ان مال الى
طريقهم وواحد من أصحاب
السكة الخاصة ان مال اليها
وصاحب الدار أو ساكنها
ان مال اليها وان يكون الى
من له ولاية التفريغ حتى
لو تقدم الى من سكن الدار
باجارة أو إجارة فلم ينقض
حتى سقط على انسان فلا
ضمان على أحد وقوله
(والشرط هو التقدم دون
الاشهاد) حتى لو اعترف
صاحبه أنه طوبى بنقضه
وجب عليه الضمان وان
لم يشهد عليه

(قوله مسلما كان أو ذميا
أو ضيما) أقول أي ما دوننا
أو عبدا كذلك قال المصنف
(ولا ضمان على المشتري
لانه لم يشهد عليه) أقول
الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم
اليه

وقوله (لان فعل هو لا كفعله) أى فعل الوصى والاب والام كفعل الوصى والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما
 هدر القليل بسقوط الحائط اذ بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصى أجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولا يتما
 باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انما حاق ترك الهدم بعملان للصبي وينظر ان له فكان الضمان في ماله فان
 قيل الوصى اذ ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بان في ترك النقص دفع
 مضره متعقبة وهى مضره مؤنة النقص وبنائه ثانيا في نقصه دفع مضره مؤنة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يملك به شئ فكان تركه أنظر
 له أى فلا يلزم الوصى ضمان وقوله (في عنق العبد) يعنى يباع فيه كى يباع في (٢٥٥) ديون تجارته وكان القياس أن يكون
 ذلك على المولى كضمان

النفس ولكننا استحسننا
 الفرق بينهما فقلنا العبد في
 ضمان التزام المال كالحجر
 فانه ينفسك الحجر عن نفسه
 اكتساب سبب ذلك وفي
 التزام ضمان الجنبا يتولى
 النفس كالحجر وعليه لان
 فك الحجر بالاذن لم يتناول
 ذلك فكان الضمان على
 عاقلة المولى وقوله (لان
 الاشهاد على المولى من وجه)
 اما اذا لم يكن على العبد
 دين فظاهر ان الملك في الدار
 للمولى رقبته وتصرفا والعبد
 خصم من جهته ألا ترى
 أنه لو ادعى انسان حقاقى
 دار يسميها ذوله ينتصب
 خصما فكان الاشهاد عليه
 اشهادا على المولى من وجه
 وأما اذا كان عليه دين
 فعندهما ظاهر وعند أى
 حنيفة رجه الله للمولى أن
 يستخلصه بقضاء الدين
 فكان هذا تقدما الى المولى
 من وجهه وتقدما الى العبد
 من وجه فاعتبر في ضمان

بواسطة الفكك والى الوصى والى أبى اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية بذكر الام في الزادات والضمان
 في مال اليتيم لان فعل هو لا كفعله والى المكاتب لان الولاية به والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم
 يكن لان ولاية النقص له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى
 لان الاشهاد من وجهه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد
 الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لئلا يمكن من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة
 الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثره بالقتيل غيره فغضب لا يضمنه) لان
 التفرغ عنه الى الاولياء لآليه (وان غطب بالنقص ضمنه) لان التفرغ يبيع اليه اذا لنقص ملكه والاشهاد

فيما يبيحى وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد ههنا من يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع
 مشاركة غيره ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا وأحد الورثة في المسئلة ألا تبتغي أن يتمكن من نقض
 الحائط وحده ألا يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا تنقض (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول
 في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تالف بالحائط المائل ان كان من النغوس يجب الدية على عاقلة صاحب

(قوله والى أبى اليتيم) أى الى أبى الصبي (قوله والضمان في مال اليتيم) لان فعل هو لا كفعله أى فعل الوصى
 والاب والام كفعل الوصى وفي المبسوط واذا تقدم الى أبى الصبي أو الوصى في نقض الحائط فلم ينقضه حتى سقط
 فاصاب شيئا فضمنه على الصبي لان الاب والوصى يقومان مقامه وبما كان هدم الحائط فصح التقدم اليهما
 فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هما في ترك الهدم بعملان للصبي وينظر ان له فلماذا كان
 الضمان عليه دونهما كذا في المبسوط (قوله ثم التالف بالسقوط) ان كان مالا فهو في عنق العبد حتى يباع العبد
 فيه كى يباع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق
 بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحجر فانه ينفسك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك في التزام ضمان
 الجنبا يتولى النفس هو كالحجر وعليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا
 في المبسوط (قوله لئلا يمكن من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي) هذا جواب الاستحسان وأما
 جواب القياس فهو أن لا يضمن واحد من الورثة أما الذى تقدم اليه فلعلم تمكنه من النقص فلم يعد التقدم
 فائده في حقه فان واحدا منهم كالا يتمكن من بنائه لا يتمكن من نقضه أيضا وأما غيره من الورثة فلعلم التقدم
 اليهم فلم يكن واحدا منهم متعديا في ترك التفرغ يبيع فاما جواب الاستحسان فانه يضمن هذا الذى أشهد عليه
 بخصته فيما أصابه لانه كان ممنكنا من أن يطلب شركاءه ليجمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعةهم
 متعذر عادة فلولم يبيع الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر والضرر مدفوع كذا في المبسوط (قوله)

النفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحرفيه كما روي وقوله (ويصح
 التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان وجهه ما ذكر
 في الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيئا أما الذى تقدم اليه فلعلم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مقيدا أو ما غيره
 من الورثة فلعلم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفرغ يبيع وجواب أن الاشهاد على جماعةهم بتعذر عادة فلولم يبيع
 الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع

(قوله فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصى على النقص لان عدمه انظر فانه المراد هو الانظر
 من وجهه (قوله فلولم يبيع الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو لئلا يمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كذا كره

وقوله (فقط لا يضمنه) أي لا يضمن صاحب الحائط القتل الثاني (لان التفرغ عنه) أي القتل الاول برفعه مغوض الى اولائه لا يضمنه الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح في الطريق فتعثر انسان بنقض موانع ثم تعثر رجل بالقتل ومات فان دية القتلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فمكّن حصول القتل في الطريق مضافا الى فعله كحصول (٢٥٦) نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطف به وان لم يملك

على الحائط اشهاد على النقص لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطف بجرة) كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفرغ اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفرغ الى مالكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الديّة ويكون ذلك على عاقلة وان كانت دار بين ثلاثة نفر فقتل أحدهم فيها بئر أو الحفر كان يغير وضاع الشريكة الاخرين أو بني حائطها فعطف به انسان فعليه ثلث الديّة على عاقلة وهذا عند أبي حنيفة وقال عليه نصف الديّة على عاقلة في الفصلين) لو ما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصيبين كما مرقى عقرا لاسد ونفس الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلة واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربعهما بقدر الملك

الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدراب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا في الكتاب فكون الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فامعنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق (قوله) لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصيبين كما في عقرا لاسد ونفس الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الديّة على عاقلة في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص لفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب السكاكي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما وفي مسئلة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصيبين اهـ والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارة الا أنه يعنى الفصل الثاني أيضا بدلالة كلامه لا يخفى على ذي فطنة اذ كفى بذلك ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاد صاحب السكاكي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البئر وحده بل هو مسئلة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب السكاكي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

ولو عطف بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) حائط مائل اشهد عليه فوضع صاحب الحائط أو غيره عليه حرة فسقط الحائط وجرى بالجرة على انسان فقتله فالضمان على صاحب الحائط ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد ان كانت الجرة لغير صاحب الحائط فلا يضمن أحد أما صاحب الحائط فلان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على الجرة وأما صاحب الجرة فلانه لم يوجد الاشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لعدوته على رفعها (قوله) وقال عليه نصف الديّة على عاقلة في الفصلين) أي في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل دار بين ثلاثة نفر وقيل جواب أبي حنيفة رحمه الله فيما اذا مات القتل بثقل الحائط وأبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يخالفانه في ذلك وجوابهما فيما اذا مات بسبب الجرح بان جرح الحائط وأبو حنيفة رحمه الله يوافقهما في ذلك (قوله) وهو الثقل المقدر) أي في الحائط والعمق المقدر أي في البئر (قوله) لان أصل ذلك ليس بعلة أي القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر

تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لئلا يترك جعل كالغافل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفرغ والترك مع القدرة وجد في حق النقص لا في حق القتل فلذلك جعل فاعلا في حق القتل الاول لا في حق القتل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطف بالنقص وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله (فسقطت) يعنى الجرة بسقوط الحائط يشير الى أنه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيها يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعنى في الحائط والعمق المقدر يعنى في

البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كفى قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي بخلاف ذلك الاصل يعنى أن الجزء ليس بملك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلة واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربعهما بقدر الملك) الا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الديّة فيترك الاشهاد في حق الباقي لا يزداد المصنف (قوله) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الا حداد مخرج الضمير وهو انما أحدهم

الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا أخرج مسألة الترفيق لهما اجمع في حقهما من أجل أن أحدهما موجب للضمان وهو المتعدي بالحرف في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحرف في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدرج جنسا فيلزمه نصف الضمان ولا يبيح حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلاثين فيجب عليه ضمان الثلاثين وقوله (٢٥٧) (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما

كأمر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الآن عند المراجعة أضيف الى الكل لعدم الاولوية) يضاف اليه وإذا أضيف الى الكل وبعضهما معتبر في إضافة الضمان اليه وبعضهما غير معتبر فغيره معتبر فغيره غير المعتبر شيئا واحدا وتعدد فذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهمل الآخر والله تعالى أعلم

(باب جنابة البهيمة والجنابة عليها)

ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها عقيب جنابة الانسان والجنابة عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان وقوله (لما وطئت الدابة)

الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا الايطاع محذوفين وتقديره أو طأت الدابة يدها أو رجلها إنسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما وطأت الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخطب الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشيء بحسبك ومنه الكلب إذا قتل الصيد صدم لا يؤكل واصطدم الفارس إذا ضرب أحداهما الآخر بنفسه يقال نفعت الدابة الشيء إذا ضربته بمحذوفها كذا في الصحاح والمغرب وقوله الرابك ضامن لما وطأت الدابة الى قوله أو كدمت أو خطبت وكذا إذا صدمت برهبة إذا كان الرابك يتسبر في طريق المسلمين لأنه إذا كان يسير في ملكه كان وطئت يدها أو برجلها يضمن وإن كدمت أو نفعت يدها أو برجلها أو وضرت يدها فلا ضمان لأن في الوجه الاول صاحب الدابة يتسبر لالتلاف لان ثقله ونقل الدابة اتصل بالمتلف فكأنهما وطئا جميعا ولهذا يجب على الرابك الكفارة إذا وطئت الدابة برجلها أو يدها ويحرم عن الميراث والمباشر ضامن سواء كان متعديا أو لم يكن أما إذا لم يكن صاحب الدابة راكبا عليها بل كان سائقا أو قائدا إليها فصاحب الدابة مسبب لانه متصل بثقله بالمتلف والمسبب انما يضمن إذا كان متعديا وهو ليس بمسبب بتسيير الدابة في ملكه وأما إذا كانت جنابة الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين أما أن دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بان كانت مغالطة وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها وأما أن دخلت باذنه فإدخال صاحبها ففي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها سواء كانت واقفة أو سائرة وسواء كان صاحبها معها أو ساقها أو يقودها أو كان راكبا أو لم يكن معها لان صاحب الدابة في بعضها مباشر وفي بعضها مسبب متعديا ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بدون إذن المالك (قوله وما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها) تفسير بقوله

(باب جنابة البهيمة والجنابة عليها)

(٣٣ - تسكلمة الفخ والكفاية - تاسع) والجنابة عليها*(قوله ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها الخ) أقول فان قيل ماذا كر في هذا الباب جنابة انسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو هلي عاقلته فلماذا أودع سبحانه وتعالى في الهائم إرادة وأدراكه إضافة الجنابة اليه ولزم الضمان على غيره لا ينافي تلك إضافة كفاي الجنابة والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يطاع ومحذوفين)

بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلصق بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الآن عند المراجعة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله أعلم

(باب جنابة البهيمة والجنابة عليها)

قال (الراكب ضامن لما وطأت الدابة ما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خطبت)

لما فرغ من بيان أحكام جنابة الانسان شرع في بيان أحكام جنابة البهيمة ولا شك في تقدم الانسان على البهيمة رتبة فكذلك كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية أقول برده عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جنابة الانسان مطلقا بل بقي منها أحكام جنابة المملوك ولا شك أن المملوك من الانسان أيضا مقدم على البهيمة إرتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكره فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيافي إضافة حق المقام وقاله في غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جنابة المملوك لفضيلة النطق في كل جزء علة فيعبر بالكل علة واحدة فضاف الحكم اليها ثم يقسم على أربابها بقدر الملل بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلصق بنفسها صغرت أو كبرت الآن عند المراجعة أضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على بعضها فلما أضيف التلف الى الكل وبعض الجراحات معتبر في إضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فغيره معتبر فغيره غير المعتبر شيئا واحدا وتعدد فذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهمل الآخر وهذا لانه إذا لم يصلح البعض لإضافة الحكم اليه وصلح لقطع النسبة بمن المراجعة ظهرت المراجعة في قطع النسبة وان لم يظهر في حق استحقاق الحكم والله أعلم

(باب جنابة البهيمة والجنابة عليها)

(قوله الرابك ضامن لما وطأت الدابة) الصحيح وطئت لانك تقول أو طأت فلان الدابة فوطئت الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الجار والخطب الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشيء بحسبك ومنه الكلب إذا قتل الصيد صدم لا يؤكل واصطدم الفارس إذا ضرب أحداهما الآخر بنفسه يقال نفعت الدابة الشيء إذا ضربته بمحذوفها كذا في الصحاح والمغرب وقوله الرابك ضامن لما وطأت الدابة الى قوله أو كدمت أو خطبت وكذا إذا صدمت برهبة إذا كان الرابك يتسبر في طريق المسلمين لأنه إذا كان يسير في ملكه كان وطئت يدها أو برجلها يضمن وإن كدمت أو نفعت يدها أو برجلها أو وضرت يدها فلا ضمان لأن في الوجه الاول صاحب الدابة يتسبر لالتلاف لان ثقله ونقل الدابة اتصل بالمتلف فكأنهما وطئا جميعا ولهذا يجب على الرابك الكفارة إذا وطئت الدابة برجلها أو يدها ويحرم عن الميراث والمباشر ضامن سواء كان متعديا أو لم يكن أما إذا لم يكن صاحب الدابة راكبا عليها بل كان سائقا أو قائدا إليها فصاحب الدابة مسبب لانه متصل بثقله بالمتلف والمسبب انما يضمن إذا كان متعديا وهو ليس بمسبب بتسيير الدابة في ملكه وأما إذا كانت جنابة الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين أما أن دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بان كانت مغالطة وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها وأما أن دخلت باذنه فإدخال صاحبها ففي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها سواء كانت واقفة أو سائرة وسواء كان صاحبها معها أو ساقها أو يقودها أو كان راكبا أو لم يكن معها لان صاحب الدابة في بعضها مباشر وفي بعضها مسبب متعديا ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بدون إذن المالك (قوله وما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها) تفسير بقوله

إذا ضربته بعد حافرها وأعلم ان جنابة الدابة لا تلحق من أوجه ثلاثة لأنهم المأان تكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فإن كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فإما ان يكون صاحبها معها أو لا يكون فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقعة كانت الدابة أو سائر وطئت يدها أو برجلها أو نطعت أو كدمت وان كان الأول فإما ان يكون سائقها أو قائدا أو مأان يكون راكبا عليها أو لا فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها ألتفت نفسها أو مالا لان صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدى في إيقاف الدابة أو تسيرها في ملكه وان كان الثاني وهو يسير فان وطئت يدها أو برجلها ضمن وان كدمت أو نطعت يدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله ونقل الدابة اتصالا بالمتلف فكان حياوطها جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن وفي الثاني متسبب غير متعدوان كانت الجنابة في ملك غير صاحبها فإما ان أدخلها صاحبها فيه أو لا فإن كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بتسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء (٢٥٨) كان معها سائقها أو قائدها أو لا واقعة أو سائرة لان صاحبها إما مباشر أو متسبب

متعدا وليس له إيقاف الدابة وتسيرها في ملك الغير غير اخذه وان كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لانه بالإيقاف متسبب متعدد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيمن كان سائرا فإما ان يكون صاحبها معها أو لم يكن فإن لم يكن فإما ان سارت بارساله أو انطلقت فإن كان الاول ضمن ما ألتفت ما لم تقول عن جهة الارسال بمنه أو بسرة لان ارسالها بلا حفظ سبب للاتلاف وهو فيه متعدوان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما ألتفت راكبا كان أو سائقا أو قائدا

وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نطعت برجلها أو ذنبها) والاصل ان المرو في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجهه وفي حق غيره من وجهه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة المملوك ولكن لما كانت الهبة ملحقة بالجنادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح من ونحو ذلك اه أقول برده عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الخشية المذكورة لما ذكرنا مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقا أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الخياط المائل تدر (قوله ولا يضمن ما نطعت برجلها أو ذنبها) قال الشراح فاطبة يقال نطعت الدابة شيئا إذا ضربته بعد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والغريب واقتنى أنه صاحبها الكفاية ومعراج النواية أقول كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نطعت الدابة ضربته بعد حافرها أو ما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بعد الحافر بل قال فيه ونطعت الناقة ضربت برجلها ثم أقول بغير اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة وما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفعة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نطعت برجلها أو ذنبها لانه يقتضى أن تكون النفعة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدلال قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخل في مفهوم النفعة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد أو طان الدابة (قوله لانه يتصرف في حقه من وجهه وفي حق غيره من وجهه) جواب لسؤال ذكر في الذخيرة وغيره مع هذا الجواب وهو ان قبل هو غير متعد في هذا التسبب فان له ان يمر في طريق المسلمين كفي ملكه ولو مر عليها في ملكه فالتلف شيئا من الوجوه لم يضمن بها فيجب ان لا يضمن ههنا أيضا قلنا الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرو ومباح له فيه ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التعريف فوفرنا على الشبهين حفظهما فيما كان مسيبا للاتلاف فقلنا اذا كان شيئا يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه يعتبر فيه متعديا وذلك كالعدم والوطء باليد والرجل في حق القائد والراكب لان ذلك يكون بين عينه فجعل في هذه الاشياء طريق المسلمين ملحقا بملك الغير وقلنا اذا كان شيئا لا يمكن حفظ الدابة والتحرز عنه

متعدا وليس له إيقاف الدابة وتسيرها في ملك الغير غير اخذه وان كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لانه بالإيقاف متسبب متعدد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيمن كان سائرا فإما ان يكون صاحبها معها أو لم يكن فإن لم يكن فإما ان سارت بارساله أو انطلقت فإن كان الاول ضمن ما ألتفت ما لم تقول عن جهة الارسال بمنه أو بسرة لان ارسالها بلا حفظ سبب للاتلاف وهو فيه متعدوان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما ألتفت راكبا كان أو سائقا أو قائدا

الا النفعة بالرجل أو الذنب لانه مباشر أو متسبب متعدوان الغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما أوطان الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب ان استقام في قوله ما أصابت يدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما سارنا في مواضعه من الاصل الذي ينبنى عليه هذه الغروع فقال (والاصل ان المرو في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجهه وفي حق غيره من وجهه لكونه مشتركا بين كل الناس) أمأانه يتصرف في حقه فلان الانسان لابد له من طريق يعيش فيه لترتيب مهامه فالحرجون ذلك حرج وهو مدفوع وأمأانه يتصرف في حق غيره فلا ضمان فيه كقوله في الاحتياج في النظر الى حقه يستدعي الإباحة مطلقا

أقول القائل هو الاتقاني (قوله وان كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما ألتفت في الوجوه كلها) أقول هذا اذا أوقفها لغير البول والركب (قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما اذا كان الراكب في الطريق بمأذ كره المصنف في معرض التمهيل

مقيدا

مقيداً بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح والاحتراز عن الايذاء وما يضاويه يمكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدها بشرط السلامة عنه والنفعة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنهم مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان وقفها في الطريق ضمن النفعة أيضاً) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفعة فصار متعدياً في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان اصاب يدها أو رجلها حصاة أو فؤاة أو ثارت غباراً أو حجر صغيراً ففقد عين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجراً كبيراً ضمن) لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني يمكن لانه ينفلت عن السرة عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرئف فيما ذكرنا كراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان واثت أو بالث في الطريق وهي تسير فخطب به انسان لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا وقفها لذلك) لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان وقفها الغيرة ذلك فخطب انسان برونها أو بولها ضمن لانه متعدي في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير لانه أدرم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما اصاب يدها أو رجلها والقائد ضامن لما اصاب يدها دون رجلها)

وذكر الذنب على التجرى لا نأقول اعتباراً لثا كيد والتجريد معاً بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتناهي بينهما كلاً لا يخفى على القطن بل التاويل الصحيح أن تحمل النفعة المسد كورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عوم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال نامل (قوله والسائق ضامن لما اصاب يدها أو رجلها والقائد ضامن لما اصاب يدها دون رجلها) هذا الغلط القدوري في مختصره قال المصنف والمراد النفعة وقال صاحب النهاية في شرحه أي من قوله لما اصاب يدها أو رجلها وقال انما يفسر بهذا لانه كان يجوز أن راد بقوله لما اصاب يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف في النفعة ولولم يفسر بهذا لكان للمؤول أن يؤول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اه واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية أول فيه خلل أما أولاً فلا نأظر من قولهم أي من قوله لما اصاب يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة يدها وبالاصابة برجلها كليهما هو النفعة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفعة وانما يطلق عليها الخبطة اذا ضربت باليد ولولم يطلق النفعة عليها أيضاً بطريق التجوز فلا يجدي هذا لافرق بين الوطء باليد والخطب الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بخلاف أحد فلا معنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانياً فلا نأظر القدوري لم يذكر الخلاف في مسألة السائق أصلاً حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما اصاب يدها أو رجلها هو الوطء اثبات الاختلاف في الوطء وانما الذي بين الخلاف

لا يعتبر فيه متعدياً وذلك كالنفعة بالرجل والضرب بالذنب لان كل ذلك يكون راداً لا كنب وجعل في حق النفعة والضرب بالذنب في حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقاً بملكه وأما السائق هل يضمن اختلاف المشايخ فيه (قوله لما فيه من المنع عن التصرف) يعني أن الوطء عليه السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه وتعدى عليه استيفاء حقه لانه يمنع من المشي والسير على الدابة بخافة أن يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه فاما ما استطاع الامتناع منه لوطء عليه صفته السلامة من ذلك لا يمنع عليه استيفاء حقه وانما يلزم به نوع احتياط في الاستيفاء كذا في المبسوط (قوله وان وقفها) وفي المغرب ولا يقال وقفها الا في الغرة ثمة (قوله والمرئف فيما ذكرنا كراكب) أي في موجب الجنابة (قوله لان المعنى لا يختلف) وهو معنى المباشرة وتصرف الدابة في التسيير على ما راد في المبسوط والراكب والرديف والسائق والقائد في الضمان سواء لان الدابة في أيديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا (قوله ثم هو أكثر ضرراً بالمارة) أي الايقاف أكثر ضرراً بالمارة من السير لان الايقاف أدرم من التسيير وربما يكون مانعاً للغير من المرور فيكون فوق المرور فلا

وبالنظر الى حق غيره يستدعي الجرم مطلقاً قلنا بأباحته مقيدة بشرط السلامة عملاً بالوجهين وبعبارة كلامه وأصحته وقوله (والمرئف فيما ذكرنا) يعني في موجب الجنابة (كراكب لان المعنى أي المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما أراد (لا يختلف) لانها في أيديهم وتحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعني الايقاف (أكثر ضرراً بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة قبلما يلحق به ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أي الايقاف (أدرم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد

وقوله (والمراد النعمة) أي من قوله لما أصابت يدها أو وجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطء فإنه لو جب الضمان على السائق والقائد بالاختلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعني العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعني يابعد الدابة عن المتناف أو يابعد عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله (ماذا كرهناه) يعني قوله فلا يمكنه

والمراد النعمة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدر في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أي النعمة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النعمة أيضا وان كان راعها وليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لا مكانه كعبها بلجامها أو جم هذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح وقال الشافعي يضمنون النعمة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ماذا كرهناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعه الدابة النعمة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكره ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قبل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكره وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف الى راعها ولا يخلو في النعمة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ماذا كرهه بقوله والحجة عليه ماذا كرهناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط السككي وبيان الكفاية وقوله (ماذا كرهناه) إشارة الى قوله لان التلف بشقه وقوله (على ماذا كرهناه) إشارة الى قوله لانه لا يتصل منها الى المحل شيء وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعني أن قوله وقوله لما ذكرناه

والمراد النعمة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدر في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أي النعمة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النعمة أيضا وان كان راعها وليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لا مكانه كعبها بلجامها أو جم هذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح وقال الشافعي يضمنون النعمة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ماذا كرهناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعه الدابة النعمة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكره ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قبل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكره وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف الى راعها ولا يخلو في النعمة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ماذا كرهه بقوله والحجة عليه ماذا كرهناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط السككي وبيان الكفاية وقوله (ماذا كرهناه) إشارة الى قوله لان التلف بشقه وقوله (على ماذا كرهناه) إشارة الى قوله لانه لا يتصل منها الى المحل شيء وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعني أن قوله وقوله لما ذكرناه

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدر في النعمة لا منشأ هذا التفسير كما هوهم كلامهم ثم أقول الحق عندى ان معنى قول المصنف والمراد النعمة هو ان مراد القدر في بقوله أو برجلها في مسئلة السائق وقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النعمة وأنه انما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد بالوطء الدابة برجلها ولو جب الضمان على القائد أيضا باختلاف أحد (قوله ووجهه) أن النعمة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقاتل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذا القود لا يتيسر الا بالنظر والاتفات الى الفساد فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته يدها أيضا فينبغي أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النعمة أيضا) وان كان راعها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقاتل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما

يلحق به بدلالة النص (قوله والمراد النعمة) أي من قوله لما أصاب يدها أو برجلها وانما قيد التفسير بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما أصاب يدها أو برجلها الوطء واختلاف لاحدانه يضمن فيه السائق والقائد وانما الاختلاف في النعمة ولم يفسره بمذاك لان المؤول ان يقول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيموليست الرواية كذلك (قوله واليه مال بعض المشايخ) أي مشايخ العراقيين (قوله بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه) أي يابعد الدابة عن المتناف أو يابعد عنها الدابة وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النعمة أيضا وهو الصحيح (قوله والحجة عليه ماذا كرهناه) وهو قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقوله عليه السلام الرجل جبار أي هدر معطوف على قوله ماذا كرهناه (قوله وانتقال الفعل بتخويف القتل) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم فلما لا يضاف الانتقال انما يكون في الاكره الكامل وهو التخويف بالقتل أو بالقطع لاني الاكره القاصر وهو التخويف بالضرب وهذا الاكره القاصر فلا ينتقل اليهم (قوله لان الراكب مباشر فيه) والدليل على أنه مباشر من حيث حكم الشرع ان من سار على دابة في ملكه

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدر في النعمة لا منشأ هذا التفسير كما هوهم كلامهم ثم أقول الحق عندى ان معنى قول المصنف والمراد النعمة هو ان مراد القدر في بقوله أو برجلها في مسئلة السائق وقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النعمة وأنه انما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد بالوطء الدابة برجلها ولو جب الضمان على القائد أيضا باختلاف أحد (قوله ووجهه) أن النعمة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقاتل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذا القود لا يتيسر الا بالنظر والاتفات الى الفساد فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته يدها أيضا فينبغي أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النعمة أيضا) وان كان راعها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقاتل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما

يعني قوله فلا يمكنه التحرز) أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيها لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابيه حتى يتم جوابا وجه الشافعي في الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فإنه اذا كان سير الدابة مضافا الى راعها تكون النعمة مضافا اليه أيضا (قوله والجواب القوي ماذا كرهه بقوله والحجة عليه ماذا كرهناه) أقول جواب بطريق المعارضة

كل واحد منهما بانقراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انقرض عن الركوب أوجب ضمان ما أتلقت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف على السوق في الاتلاف إلى الركوب بل كان التلف مضافا إليهما فنفقن والسبب انما لا يضمن مع المباشرة اذا كان حبيبا لا يعمل في التلف عند انقراده كالخفر فانه لا يوجب التلف منقرض عن الدفع الذي هو مبني شرقة وقد كثر تخصيص العلق وتخلصه فانه من طائفة وقال (اذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم المشايين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبيا في الفارسين خصهما بالذكور وما ذكر زفر والشافعي رحمه الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقدر وى عن على رضى الله عنه كذا الوجهين فتعارضت روايتاه فخرنا بوجها ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشى في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهم لان كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزبلي ألا ترى أن تجد إذا كرى في الأصل ان الركب اذا أمر انسانا فنفس المأمور والداية ووطئت انسانا كان الضمان عليهم ما فاشتر كافي الضمان والناخس سائق والا سمر راكب فقيمين بهذا أنهم ما يستويان والجواب ان السبب انما لا يضمن مع المباشرة اذا كان السبب لا يعمل بانقراده في الاتلاف كفى الخفر مع الالتقاء فان الخفر لا يعمل بدون الالتقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانقراده فيشتر كان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على (٢٦١)

فانه ليس يتلف بالالتقاء وعند الالتقاء وجد التلف بهما فاضيف الى آخرهما كسئلة السفينة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانقراده وفيها نحن فيه يعمل فيشتر كان انتهى وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليها بقوله ذكر محمد في الأصل ان الركب اذا أمر آخر فنفس الدابة فان وطئت انسانا كان الضمان عليهما وعلى فقال لان الناحس سائق والا سمر راكب فتدبين بما ذكر ان الركب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتر كان ما وطئت الدابة يشتر كان ولا يختص به الركب انتهى وأنت خبر بان ما ذكره الزبلي في معرض الجواب

وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال (واذا اصطدم فارسان فما تافعل عاقلة كل واحد منهما دية الاخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر لما روى ذلك عن على رضى الله عنه ولان كل واحد منهما ما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته ألم نفسه وصاحبه فيه نصفه ونصفه يعتبر نصفه كذا كان الاصطدام عددا أوجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جرحا أو خفر على قارعة الطريق بئر فأنهم ارع عليهم ما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت يضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشى في الطريق فلا يلزم مستندا للزيادة في حق الضمان كالمشى اذ لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدش من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا

كان في فهامن الحمام فلا يمكنه التحر زعماء صابت بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمنه أيضا فليتنامل في الجواب (قوله واذا اصطدم فارسان فما تافعل عاقلة كل واحد منهما دية الاخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين

فاوطأت انسانا بيدها أو رجلاها فقتله فعليه الدية والكفارة لان الركب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في ايجاب الضمان عليه كالرعي فان رعى في ملكه فاصاب انسانا كان عليه ضمانه كذا في المبسوط (قوله وقيل الضمان عليهما) لان كل ذلك سبب الضمان ذكر محمد رحمه الله في الأصل ان الركب اذا أمر آخر فنفس الدابة فاوطأت انسانا كان الضمان عليهما وعلى فقال لان الناحس سائق والا سمر راكب فتدبين بما ذكر ان الركب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتر كان ولا يختص به الركب (قوله واذا اصطدم فارسان) ذكر الفاروس ليس بتقدير الحكم في اصطدام المشايين وموتهما به كذلك ذكره في المبسوط (قوله كالمشى اذ لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدش من دمه) يعني اذا مات بالوقوع في البئر مع البئر بنفسها في قارعة الطريق ليست بسبب ملونه بل البئر مع المشى اليها سبب للموت والمعنى فيه أيضا هو ان كل واحد منهما مدفوع بصاحبه فكأنه أوقعه من الدابة بيده وهذا لان دفع صاحبه

بمزيل عن هذا التقرير برع أنه لا يصلح جوابا عما ذكر في الأصل بل هو تحقيق وتفصيل له وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالبيا في الفارسين خصهما بالذكور) أقول ولعل الاولى أن يقال انما خصهما بالذكور لان اصطدام المشايين ليس من هذا الباب لعدم تعلقهما بالهيمة قال المصنف فتعارضت روايتاه فخرنا بوجها ذكرنا أقوله فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا ترج جانب بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكره من قياس والقياس يصلح بحجة وما يصلح بحجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أكمل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فان قيل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة ثبت به الحكم والسر جرح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطتا فخرنا بوجها ذكرنا من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فاما عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذالم يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما اذا كانا عاقلين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضا انتهى

وفيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتنا الترجيح والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس
يرجع بمقتضى ما صلح بمقتضى ما يصلح من حجج الجواب عن الأول أن ما ذكره من مقوض بالواقع في البرهان فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في
مقابلة النص لا يصلح بمقتضى قوله (وفيما ذكر) (٢٦٢) جواب عن المسائل المذكورة في جهته ما ذكره لأن الفعل لما كان محظورا

انقلب على غير وجهه وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما على الدية فتعارضت روايتاه
فترجحنا بما ذكرنا وفيما ذكرنا من المسائل الفعلان محظوران فوضع الفرق هذا الذي ذكرنا إذا كانا حري
في العمد والخطأ ولو كانا عبيدين يهدد بالدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فانت لا إلى خلف
من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان
أحدهما حرا والآخر عبدا في الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فباخذها ورثنا المقتول الحر
ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لأنه
ضمنان لا آدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فباخذها ورثنا الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف
وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر باخذها وروى
في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليستبر بأداة فائدة فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهم ما بذلك
كذلك ذكره في المبسوط سوى أن موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين اه وقال في العناية
أخذ من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما
بالذكر اه وقال في معراج الدراية وكذلك الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقيد بالفارسين اتفاقاً أو بحسب
الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول بحسب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقيد
بالفارسين نيرافان الباب الذي نحن فيه باب جناية الهيمية والجناية عليها ولا يخفى أن اصطدام الماشيين
ليس من ذلك في شيء فكأن خارجاً من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب
على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فترجحنا بما ذكرنا) قال في العناية أخذ من شرح تاج
أياه علة معتبرة لا تلاف في الحكم فاما قوة المصدوم فلا تصلح أن تكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة من
وقع في بحر حفرها رجل في الطريق بحسب الضمان على الحافر وإن كان لولا متبنيه ونقله في نفسه لما هو
في البحر (قوله فتعارضت روايتاه فترجحنا بما ذكرنا) فان قيل فالقياس لا يصلح مرجحاً لانه علة ثبت به الحكم
والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطت فترجحنا بما ذكرنا من الدليل
أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فاما عند وجود النص فلا يصير علة وهذا النص موجود فإذا
لم يصير علة يصح الترجيح به أو نقول ما روي أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عابدين حيث يجب نصف
دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً (قوله هذا الذي ذكرنا إذا كانا حري
في العمد والخطأ) أي يجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما ما في الخطأ يجب الدية الكاملة
على ما ذكر في الكتاب خلافاً ذكر الخطأ في موضع المسئلة والعمد في بيان قول (قوله وكذا في العمد)
ههنا بمنزلة الخطأ (قوله في الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد) لأن كل واحد منهما صار قاتلاً لصاحبه
فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم قد تلف العبد الجاني وأخلف بدلا فيكون بدله لو رثة المجنى عليه وهو الحر
لأن القيمة التي دفعها عاقلة الحر صار بدلا عن العبد فباخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولا لا بجهة كونه
الحر قاتلاً ولا يرده على هذا ما إذا قطعت المرأة يد رجل فترجحنا بما ذكرنا من الدليل أن عاقلة تأسقط عنهم
الضمان لأن عاقلهم كانوا يتحملون عنها فإذا تزوجها المقطوع ولم يسقط الضمان عن العاقلة لأن الضمان
عليهم واجبا لها فلا يصح أن يتحملوا عنها ما منسبين لها فاما ههنا فان العاقلة يتحملون عن الحر باعبار كونه

ممكن موجباً للضمان
ولكن لم يظهر في حق
نفسه لعدم الفائدة فسقط
إيجاب الضمان في حق
نفسه واعتبر في حق غيره
فلذلك وجب على عاقلة كل
منهما نصف الدية ولو أبا
فيما نحن فيه فالشيء مباح
محض فلم ينعتقد موجبا
للضمان في حق نفسه أصلاً
فكان صاحبه قاتلاً من
غير معارضة أحد له في قتله
فوجب على عاقلة كل منهما تمام
دية الآخر كمن مشى حتى
سقط في البحر ضمن الحافر
وإن كان السقوط بالحفر
والشيء جيباً لكن لما كان
الشيء مباحاً لم يعتبر وقوله
(هذا الذي ذكرنا إذا كانا
حريين في العمد والخطأ)
أي وجوب تنصيف الدية في
العمد على عاقلة كل واحد
منهما وفي الخطأ الدية الكاملة
على ما ذكر في الكتاب لأنه
ذكر الخطأ في موضع المسئلة
والعمد في بيان قول
الخصم وقوله (فباخذها)
أي قيمة العبد ورثة
المقتول الحر قيل ينبغي أن
تسقط عن العاقلة لأن الدية
أولاً تثبت للميت لا للحالة
والورثة يخلفونه والعاقلة

المقتول

يتحملون ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت

يد رجل خطأ فترجحنا على اليد ما يحدث منه فان الدية تصير مهر أو تسقط عن العاقلة وأوجب بان السقوط انما يكون فيما إذا كان الرجوع
هو الجاني وههنا الرجوع وأرثه بالنظر إلى أن المستحق أولاً هو الجاني يسقط وبالنظر إلى أن الرجوع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك
وبالباقي واضح

وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كافي المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فان لغم فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أي في باب ما يجد منه الرجل في (٢٦٣) الطريق وقوله (ومن قاطر قطارا)

القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح قال (وان رجل بعير الى القطار الخ) رجل ربط بعير الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسا فاقبله فعلى عاقلة القائد الدينة لا مكان تحززه عن ربط البعير فاذا ترك ذلك صار متسيدا متعديا والدينة في مشله على العاقلة كفاي القتل الخطا ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنه وان الدينة على عاقلة الرباط لانه هو الذي أو فنعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المصنوع رحمه الله بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القائد والرباط الآن العواقل تعقل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا لان القائد حين علم بالربط ففترضى بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشئ ولم يذكر لظهوره وقوله (وانما لا يجب الضمان عليهمما ابتداء) ظاهر

المقتول وما على العبد في رقبتة وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللحام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعلق بهذا السبب لان الوقوع بتقصيره وهو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كافي المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة قال (ومن قاطر قطار فهو ضمن لما أو طأ فان وطئ بعيرا انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمنان الآن ضمنان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمنان عليهما) لان قائد الواحد قائد لكل وكذا سائقه لا اتصال له بمتو هذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا كان توسطها أو أخذ بزمام واحد ضمن معاطب بها وخلفه ويضمنان ما تلف بمباين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقسام الزمام والسائق يسوق بما يكون قدماه قال (وان ربط رجل بعير الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدينة) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب الدينة على العاقلة كفاي القتل الخطا (ثم يرجعون هم على عاقلة الرباط) لانه هو الذي أو فنعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط فالوا هذا اذار ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرباط اما اذار ربط والابل قيام ثم قادهما ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بعير اذنه لا صريحا ولا دالة فلا يرجع الشرع فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا خرج جانبه بما ذكره من المعنى والثاني أن ما ذكرتم

فان لا ثم ياخذ الورثة بجهة كون الحر مقتولا (قوله بخلاف الرداء) يعني اذا كان لا بسارداء فسقط عنه وعطف به انسان أو غيره لا ضمان عليه لان اللباس تبسح اللباس ولو تعثر للباس فسقط على الطريق ثم تعثر به انسان لم يكن ضامنا كذا اذا سقط رداؤه أو متدله لان الانسان لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه ان عشي عربا نا وما لا استطاع الامتناع عنه بجعل عغوا (قوله على ما مر من قبل) أي في باب ما يجد منه الرجل في الطريق (قوله وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل) أي عشي في جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر ولا يأخذ بزمام بعير (قوله وما اذا كان توسطها أو أخذ بزمام واحد) قيد التوسط باخذ الزمام لانه اذا لم يأخذ الزمام فهو سائق لكل أو قائد لانه ان كان يكون احيا نا وسطها او احيا نا يتقدم واحيا نا يتأخر ولو كان رجلا راكبيا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن فيما يصيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لمباين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه أما في البعير الذي هو عليه لانه راكب وأما فيما خلفه فلا لانه قائد لما خلفه لان زمام ما خلفه مربوط ببعيره وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده وأما اذا كان هو نا على بعيره أو قاعدا لا يفعل شيئا يكون به قائد لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو في حق ما خلفه بمنزلة المناع الموضوع على غيره كذا في المبسوط (قوله والقائد لا يعلم به) قيد به ليتبين عليه قوله ثم يرجعون هم على عاقلة الرباط لانه اذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرباط (قوله وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء) أي القائد والرباط بطريق الشركة اذا كل منهما مسبب أي مع ان كلا منهما مسبب وهذا واجب الاشتراك في الضمان (قوله ضمنها القائد) أي بالارجوع قال الامام المصنوع قال الامام الزاهد أبو بكر عبد الرحمن وشمس الأئمة الحلواني رحمه الله وهذا اذا ربط والابل تسير فان

وقوله (قالوا) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسبب والوقوف والمشايخ رحمه الله قالوا هذا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرباط اذار ربط والقطار يسير أما اذا ربط والابل قيام ثم قادهما فانه يضمنها القائد بالارجوع على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب

بما لحقه عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها بيمينه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا وساقه فاصابت في فورها لم يضمن) والفرق أن بدن البهيمية يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائقا فالحال صيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمية مختارة في فعلها ولا تصلح نائمة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطلاح فاضيف الى المرسل لان الاصطلاح مشرّع ولا طريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروى عن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً لصيانة الاموال الناس قال رضي الله عنه وذ كرفي المبسوط اذا أرسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سائرهما مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت عنه أو بسرة انقطع حكم الارسل الا اذا لم يكن له طريق آخر سواء وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسل في الاصطلاح ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم يمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسل

قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً والجواب عن الاول أن ما ذكره منقوض بالواقع في الثمر عشمه فيكون فاسداً وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول أن الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص من ترك العمل به بان عارضه نص آخر وأما اذا كان متروك العمل به بان عارضه نص آخر وتساوقا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعاً لا يرى الى ما تقرر في أصول الفقه أن الدليلين اذا تعارضوا تساقطا بصار من السكاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذلك في مقابلة السنة لا بحالة والصواب في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف بقوله فر جئنا بما ذكرنا انار جئنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ما كاه القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا انار جئنا احدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحاً بقى ههنا شئ وهو

ربطوا الابل وافقة ثم قالوا القائل بالابل لا شئ على الرابط لان ربط الابل بالقطار جنائية وانما واقعة في الطريق وحين سار بها القاتل فقد زالت هذه الجنائية بقود القاتل فبرأ عن مو جها كن وضع حجر على قارعة الطريق ثم جاء انسان وحول الحجر من ذلك الموضع الى موضع آخر لم يكن على الواضع الاول شئ ان تعقل به انسان لان وضعه الحجر جنائية ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنائيته بفعل الواضع الثاني فبرأ الاول كذا ههنا (قوله ومن أرسل بهيمة) يريد بها كلبا وكان لها سائقا أراد بالسوق أن يمشى خلفه (قوله) وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لا يضمن) يعني وان أصاب الكلب شئ من فورها فالمرسل لا يضمن المرسل (قوله) وذ كرفي المبسوط اذا أرسل دابة في طريق المسلمين فاصابت شئاً في فورها فالمرسل ضامن) قال الصدوق الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى وفي النهاية وان كان أصاب الكلب شئاً في فورها فالمرسل لا يضمن المرسل بخلاف الدابة حتى قالوا اذا أرسل كلباً ودابة فاصابت في فورها شيئاً يضمن في الدابة دون الكلب والطير (قوله) الا اذا لم يكن له طريق آخر سواء) أي سوى طريق البهيمية أو البسرة بان كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسل أيضاً كقولهم ينقطع عنه أو بسرة (قوله) وكذا اذا وقفت ثم سارت) أي الدابة (قوله) بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسل في الاصطلاح) أي السكاب المعلوم وأمثاله فان هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الارسل حتى حل ما قتله من الصيد ولو انقطع حكم الارسل لما حل كقولهم هو بنفسه من غير الارسل فلما كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل الذي هو أخذ الصيد كان لوقفة الكلب في وقت السير فلم ينقطع حكم الارسل لذلك (قوله) وهذه تنافي مقصود المرسل أي هذه الوقفة التي هي وقفة

وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلباً بقوله بعده وكذا لو أرسل كلباً بمعنى سوقه إياه أن يمشى خلفه (ولو أرسل طيراً) أي بازياً وساقه فاصابت في فورها بان قتل صيداً لم يضمن المرسل السابق لعدم اعتبار السوق والارسل فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شئ وقوله (انقطع حكم الارسل الا اذا لم يكن له طريق سواء) أي سوى طريق البهيمية والبسرة بان كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسل كقولهم ينقطع عنه أو بسرة وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أي ينقطع حكم الارسل وقوله (وهذه) أي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسل هو السير لا الوقوف (قوله) بان كان على الجادة ماء أو وحل (الح) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقعت لان حكمها يخالف لحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسلين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقعت الفرق بين الوقتين وقوله (على فوره) أي فور الارسال وهو أن لا يتأجل عنه ولا يشبهه وقوله (لما امر) إشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله (قال سبحانه الله هي المنفلة) أي العجاء التي أهدر النبي صلى (٢٦٥) الله عليه وسلم فعلها هي المنفلة لا

التي أرسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الاجراء على عموم وقوله (من الارسال واخوانه) يعني السوق والقعود والركوب قال في النهاية كان من حق الكلام أن يقول من الارسال وامثاله أو يقول من الارسال واخوانها بتأويل الكلمة اذا لسوق والقود لما كان اختلا أيضا للارسال كان الارسال اختلا أيضا ولا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أشوا بعضا أختا من غير دليل وليس بشئ لانه ليس ههنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك قال (شاة لقصاب فقت عينها) الجزر لقطع وجزر الجزر ونحوها والجزر وما أعد من الابل لنحر يقع على الذكر والانثى وهي مؤنث وانما قال وجزره ربع القيمة ولم يقل وبعبره ليتبين أن البقر والابل وان أعدا اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فهما بل سواء كانا معدين للحم أو لمعدن والجل والركوب فغير ربع القيمة

وبخلاف ما إذا أرسله الى صيد فاصاب نفسا أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضه ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فبإباح ولا تسبب الا بوصف التعدي قال (ولو أرسل بهيمة فافسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وان مالت عينا أو شبهة لا وله طريق آخر لا يضمن لما سئل ولو انقلت الدابة فاصابت مالا أو آدمياً لا يلزم انوار الا ضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام مخرج العجاء جبار وقال سبحانه الله هي المنفلة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخوانه قال (شاة لقصاب فقت عينها فقيمها ما نقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفي انهم صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الزويتان عن علي رضي الله عنه وتساقتا فكان مضمناً في اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ماله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فسامعني قولهم أنه جواب الاستحسان والجواب أن الاستحسان لا ينصرف في النص بل قد يكون بالنص كما في السلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كفي طهارة الخبز والابار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قوله لم هنا وما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا شك (قوله) أما الارسال للاصطياد فبإباح قال بعض الفضلاء نعم الا أنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول للمصنف رحمه الله ولا تسبب الا بوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المروفي طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وانما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في أمثال ذلك انما يتصور بالتسبب ولا تسبب الا بوصف التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلاً وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال السكاب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع لعدم صاحبها فساو له من يكون مضموناً عليه وأما ارسال السكاب أو البازي من غير اتباع معه فليس بتعدي لانه لا يمكنه الاتباع والتسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعدياً اه تبصر (قوله) ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخوانه) وهي الدابة والمراد بها الفرس أو البعير وأما لهما ينافي مقصود المرسل الذي هو السبر (قوله) وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقعت لان حكمها يخالف لحكم أصل المسئلة ثم في قوله وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد الى آخره ذكر الفرق بين الارسلين كما كان في قوله بخلاف ما اذا وقعت ذكر الفرق بين الوقتين وقال في الذخيرة والفرق بين ارسال الدابة وبين السكاب والبازي هو ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع لعدم صاحبها فساو له من يكون مضموناً عليه فاما ارسال السكاب والبازي من غير اتباع معه ليس بتعدي لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعدياً (قوله) فافسدت زرعاً على فوره) أي فور الارسال وهو ان لا يتأجل عنه ولا يشبهه (قوله) وقال سبحانه الله هي المنفلة أي العجاء التي أهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنفلة اذا فسدت في فور الارسال (قوله) شاة لقصاب فقت عينها فقيمها ما نقصها) هذا هو الحكم في كل شاة لقصاب ليس بقيسود وكذلك

(٣٤ - (تكملة الفخر والكفاية) - (تاسع) كافي الذي لا يؤكل لحمه كالبعقل والجوار وقال الشافعي رحمه الله في النقصان واعتباره

قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فبإباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة (قوله) أو يقول من الارسال واخوانها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل الفعله اذ ليس المراد بالارسال واخوانها الالفاظ بل معانيها (قوله والركوب) أقول البقر ما خلت للركوب والجل الآن يقال لا تأكل بالفصل بين البقر والابل

بالشاة عمل بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عروى رضي الله عنه أنه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز (٢٦٦) أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى

الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الجمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ما كوله اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقه العين لا يقوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المسالية وقوله (ولانه انما يمكن اقامة العمل بها) دليل آخر وهو أيضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا ترى ان العينين لا يضممان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام رحمه الله وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله (أو نخسها) يعني غير اذن الركاب والنخس هو الطعن ومنه نخس الدواب دلالتها فان قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الركاب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا أقل من الشراكة فالجواب أن القياس يترك بالآخر وفيه أثر مجرب وابن مسعود رضي الله عنه ما قد أشار المصنف

عين بقرة الجزار وجزور وبيع القيمة وكذا في عين الجمار والبغل والفرس) وقال الشافعي فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة ببيع القيمة وهكذا قضى عروى رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالجل والركوب والزينة والجمال والعمل فن هذا الوجه تشبه الاكدي وقد تمسك لذلك فن هذا الوجه تشبهه انما كولات فعملنا بالشبهين يشبه الاكدي في ايجاب الربيع وبالشبه الاخر في النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أو بربعة فيجب الربيع بقوات ادها قال (ومن سار على دابة في الطاريق فضره رجل أو نخسها فنخست رجلا أو ضرته بيدها أو نفرت فصدته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الركاب) هو المروي عن السوق والقود والركوب كذا في عامة الشروح وقال في النهاية بعد بيانها على الخط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول من الارسال وأمثله أو يقول من الارسال وأخواتها ابتداء بسل الكلمة اذا السوق أو القود لما كان أختلا لا لارسال كان الارسال أختا أيضا ولا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أختا وبعضها أختا من غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لانه ليس هنما مؤنث معنوي نحو لفظ فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى باداة التانيث البتة حتى يقال ليس هنما مؤنث معنوي يقتضي الاتيان باداة التانيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في قرن واحد من التذكير والتانيث بان يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال وأخواتها ولا يلزم جعل بعضها مؤنثا من غير أمر بدعواه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لانه لا يمكن أن يقال لما جازت ذكرا وكل واحد من تلك الاسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تانيث كل واحد منها ابتداء بلفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل هـ في كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف لم يقصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب وأنت بعضها فقال من الارسال وأخواته تدري ترفع (قوله ولنا ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة ببيع القيمة) قال في العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الجمل والركوب والزينة والعمل موجود في ما كوله اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب نظر انما سألنا عن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخل في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في ما كوله اللحم اذ يقصد منه اللحم كما يقصد ذلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الاحتياط كالأختي (قوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلان هذا الجزاء أيضا ليس بقيد والحكم في كل بقرة وبيع كالحكم في بقرة الجزار وجزور وهو ببيع القيمة في العين الواحدة منهما والنقصان في الشاة وانما دفع المسألة في بقرة الجزار وجزور لثلايتهم انهما معدان اللحم فيكون حكمهما حكم الشاة (قوله فعملنا بالشبهين) يشبه الاكدي في ايجاب الربيع من حيث أو جبننا المقدم من غير اعتبار النقصان وبالشبه الاخر في النصف فن في النصف فوجب نصف النقد والواجب عملهما وذكر الامام الترمذي وقيل لوفاء الاخرى أو نقفا هما معا يجب القيمةان سلم الجنة وفي جامع أبي بكر رحمه الله فقاعني الدابة فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الغائى وضمنه القيمة وان شاء أمسكها وضمن النقصان وهذا لان المعمول في هذا الباب النص والنص ورد في عين واحدة فيقتصر عليه (قوله كان ذلك على الناحس دون الركاب ليناها) أي من الاثر والمعتول

وجهه انه الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوشبة المملكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناحس لسكونه الحامل له على ذلك لمخالف كان الناحس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فصل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يتغير مباشرة كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزء المباشرة ان فرض مباشرة ولا التسبب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مقفود فان قيل ما بال النعمة او حجب الضمان على الناحس دون الراكب والسائق ايضا عند أكثر المشايخ وجههم الله وهي مما لا يمكن التعرض عنها فالجواب انه لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلاذن فلو تخس وهو ما ذون كان مانقا وامكان التعرض انما يمكن في حق غير المتعدي وشبهه بالماذون بذلك متعدد فلا يعتبر (٢٦٧) وقوله (ولان الناحس متعدد في

تسببه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا الكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يحجب عنه بان الراكب مباشر فاذا تلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التعريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا نسمح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح واعمل معناه اعتبر موجبا في التعريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي انهيته هو قوله لانه متعدد في تسببه وليس

عمر وان مسعود رضي الله عنه حاول ان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناحس متعدد في تسببه والراكب في فعله غير متعدد في ترجيح جانبه في التعريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفيين لانه متعدد في الاتفاق ايضا قال (وان نفع الناحس كان دمه هذرا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القاتل اراكب فقتلته كان دمه على عاقلة الناحس) لانه متعدد في تسببه وفيه الذي يتعل العاقلة قال (ولو وثبت بخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف الدليل لا يشي في غير ما كقول اللهم كالجوار والبغل والغرس بل هو محكم انك كانه يقتضي أن يكون الجواب في غير ما كقول اللهم غير الجواب في ما كقول اللهم مع ان الجواب فيه ما يتحد وان كلامهما داخل في المدعى ههنا وأما ثانيا فلان قوله شبه الآدمي في ايجاب الربيع يعني عملنا بشبه الآدمي في ايجاب الربيع ليس بواضح لان شبه الآدمي لا يقتضي ايجاب الربيع بل يقتضي ايجاب النصف لان الواجب في الآدمي في الجنابة المزبورة هو النصف وانما يقتضي ايجاب الربيع كيف ولو كان مقتضى ايجاب الربيع شبه الآدمي فقط لما احتج الى العمل بالشبه الاخر كما لا يخفى فالظاهر في الاداء أن يقال فعملنا بالشبهين شبه الآدمي في ايجاب المقدر من غير اعتباره بالنقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الآدمي فوجب الربيع عملهما وقد اثار اليه صاحب الكافي حيث قال فاشبه الانسان من وجهه والشاة من وجهه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان علامهما انهم مراد المصنف ايضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعد كما ترى (قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فاضيف فعل اداة اليه كانه فعله بيده) أقول برده عليه ما ذكره فيما سلف في مسئلة السائق والقائد جوا با عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بخوف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب بوجه الور ودغير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناحس متعدد في تسببه والراكب في فعله غير متعدد في ترجيح جانبه في التعريم للتعدي) قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا الكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يحجب عنه بان الراكب مباشر فاذا تلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التعريم للتعدي اه كلامه أقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من التردد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان (قوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) أي يجب الضمان على الناحس في كل حال لان الوقوف في

شيئ فتأمل وقوله (والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم بمن الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان ههنا على عالمهما

قال المصنف (فاضيف فعل اداة اليه كانه فعله بيده) أقول تخالف لما أسلفه في هذا الباب بحجبنا عن الشافعي وانتقال الفعل بخوف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب تأمل (قوله ههنا نسمح لان شرطه الخ) أقول أي شرطية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فصل الراكب والشرط ليس شرطه بل لا اعتبار به في التعريم فيقول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل اراكب معارضا لفعل الناحس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس شيء شامل) أقول لوروثنا نظر المذكور أنفا

وقوله (والثاني) أي الوطء (مضاف إلى الناحس) لأنه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله وقوله (مضاف (٢٦٨) اليهما) أي إلى الراكب والناحس وفي بعض النسخ اليها أي إلى الناحس وقوله (ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف)

أنه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين لأن التلف حصل بنقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف إلى الناحس فيجب الضمان عليهما وإن نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفعتها لأنه أمره بما عليه إذا نخس في معنى السوق فصيح أمره به وانتقل إليه بمعنى الأمر قال (ولو وطئ جلا في سيرها وقد نخسها الناحس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسيرة علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانا فوقع في بئر حرقها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليه ما لأن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه فعله بما أمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإبطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناحس فيتدافعان اللهم إلا أن يحمل أحدهما على الغرض والآخر على التحقيق فتأمل (قوله) وإن نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفعتها لأنه أمره بما عليه إذا نخس في معنى السوق فصيح أمره به وانتقل إليه بمعنى الأمر) أقول لقائل أن يقول هب الناحس في معنى السوق وإن الراكب كان عليه فامر الناحس به لكن الأمر به إنما يتناولونه من حيث أنه سوق لأن من حيث أنه اتلاف كما سيبيح التصريح به في المسئلة الآتية فمن حيث أنه اتلاف ينبغي أن يقتصر على الناحس ولا ينتقل إلى الراكب فيجب على الناحس الضمان لعديته في الاتلاف كفا في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله) ولو وطئ جلا في سيرها وقد نخسها الناحس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بشقله ونقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناحس مسبب كما مر في الكتاب وإذا اجتمع المباشر والمسيب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به سيما في مسئلة الراكب والسائق فبالهم خرموا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناحس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر (قوله) والاذن يتناول فعله من حيث للسوق ولم يتناولونه من حيث أنه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أي يقتصر الضمان على الناحس أقول ليس هذا بشرح صحيح إذ مقتضى هذا الوجه هو حيشة كون فعل الناحس اتلافاً أن يكون الناحس متعديا بكونه مسببا لجناية الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناحس وقد وجد في مسئلتنا أن الراكب فيها مباشر ولا أقل من أن يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناحس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فن هذا الوجه يقتصر عليه أي فن هذا الوجه يقتصر فعل الناحس وهو الناحس على الناحس أي لا ينتقل إلى الأمر وهو الراكب كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حيشة كونه سوفا كفا في المسئلة الأولى فحينئذ ينظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي ملكه ليس بتعد كالسيرة بخلاف الوقوف في الطريق فإنه تعد ولهذا يكون الضمان على الراكب والناحس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضا وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا أوطأ جلا فالدية على الراكب والناحس نصفين لأنه إنما تلف بنقل الراكب ووطء الدابة ووطء الدابة مضاف إلى الناحس فيضمنان (قوله) كما إذا أمر صبيًا يستمسك) قيد الصبي بأنه يستمسك على الدابة لأنه إذا لم يكن مستمسكا على الدابة لا ضمان على أحد وفي الذخيرة في فصل القسامة وإن كان الصبي ممن لا يستمسك عليها ولا يسير الدابة وقد جله الرجل على أحد

لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضررواؤه وقوله (يقتصر عليه) أي على الناحس لأن الراكب أذن له بالسوق لا بالإبطاء والاتلاف وقوله (والركوب وإن كان علة) جواب سؤال تقرير الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناحس والناحس صاحب شرط في حق فعل الوطء والإضافة إلى العلة أولى وجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسيرة علة للوطء فكان الوطء ثابتا بعلةين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك) إنما قيد بذلك لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد أما على الصبي فلان مسكه بمنزلة الخلع على الدابة فلا يضاف السير اليه وأما على الرجل فلأنه لم يسيرها وإذا لم يصف سيرها إلى أحد كانت منغلته وفعلها جبار

الصبي

قال المصنف (إذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول قوله الذي بدل من الضمير المضاف إليه وتذكر كبراهم الموصول بنوع تاريل أوصفته على مذهب الكسائي

الصبي فانهم لا يرجعون على الاثر لانه امره بالتسير والاطاء يفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الاثر ثم الناحس انما يضمن اذا كان الاطاع في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقى السوق مضافا الى الراكب على السكال (ومن قاددا به فخنسها رجس فافعلت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناحس وكذا اذا كان لها سائق فخنسها غيره) لانه مضاف اليه والناحس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صيدا ففي ماله لان مامواخذان بافعالهما (ولو نخنسها شئ منصوب في الطريق فنفتحت انسا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشئ) لانه متعبد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخنسها بفعاله والله اعلم

الادهم (قوله والناحس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله والناحس اذا كان عبدا يعني ونخنس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يغدي اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يغديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب اه أقول بحسبه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخنس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخنس بغير اذن الراكب لا أنه يتصور حتى يجبه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبته العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به وشرط الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناحس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخنس بغير اذن الراكب وأما اذا نخنس باذن الراكب فلا يتخلوا ما ان كانت من الدابة نفعه أو وطء فقتل ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخنس دابته فنفتحت فلا ضمان على واحد منهما ما لان فعل المامور كفعول الامر عبدا كان المامور وأحران ووطئت في فورها ذلك انسا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يغديه بمنزلة

والدابة واقفة ثم سارت فاوطأت انسا أو أفسدت متاعا فانه لا يجب ضمان ذلك على الصبي ولا على الذي حمل الصبي على الدابة أما لا ضمان على الصبي لان الصبي اذا كان ممن لا يسير الدابة فسير الدابة لا يكون مضافا الى الصبي فيكون الصبي عليها بمنزلة الحمل على الدابة وأما لا يجب الضمان على الرجل لان الرجل لم يسير الدابة واذا لم يجز أن يضاف سير الدابة الى واحد منهما كانت سائرة باختيارها فكانت منقولة وما أصابت منقولة فهو هدير (قوله والناحس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته) أي يدفع بها أو يغدي هذا اذا نخنس بغير اذن الراكب وأما اذا نخنس باذن الراكب فلا يتخلوا ما ان كانت من الدابة نفعه أو وطء ذكر في المبسوط وأما اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخنس دابته فنفتحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المامور كفعول الامر عبدا كان المامور وأحران ووطئت في فورها ذلك انسا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يغديه بمنزلة السائق مع الراكب الا ان الصبي لا يكون له السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الامر بالاكل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخنس للدابة واذا الخفة ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له وكذلك لو امره بسوق الدابة أو بقودها ولو كان الراكب عبدا فامر عبدا آخر فساق دابته فاوطأت انسا فقتلته فالدية في أعناقهما نصفين يدفعان أو يغديان بمنزلة السائق مع الراكب ولا شئ على الراكب لمولى العبد المامور اذا كان الراكب محجورا عليه حتى يعتق لان سبب وجوب هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يعتق فاذا اعتق كان عليه قيمة المامور مولاه فان كان تاجرا أو مكاتبافهودين في عنقه لانه مؤاخذ بضمان القول في الحال (قوله وان كان صيدا ففي ماله) قال العلامة النسي رحمه الله في الكافي يحتمل أن يراد به اذا كانت الجنابة على

وقوله (والناحس اذا كان عبدا) يعني ونخنس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يغدي والباقي ظاهر الى آخره والله أعلم

(قوله يعني ونخنس بغير اذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يغديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب قال العلامة السكاكي الا أن المولى يرجع على الامر بالاكل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخنس للدابة واذا الخفة ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اه

(باب جنابة المملوك والجنابة عليه) لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخوه لا تحطاط رتبة (٢٧٠) عن رتبة العبد لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من الهبة فكيف أخرب باب جنابته عن

(باب جنابة المملوك والجنابة عليه)

قال (واذا جنى العبد جنابة خطا قبل مولاه ما أن تدفعه بأو تفديه) وقال الشافعي جنابته في رقبته يباح فيها الآن يرضى المولى الأرض وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أنه الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المانف لأنه هو الجاني الآن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة

السائق مع الزاكب الآن المولى يرجع على الأمر بالقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصبا للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة فإذا الحق ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له أه نامل

(باب جنابة المملوك والجنابة عليه)

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخوه لا تحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شيء وهو أن لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جنابة الحر مطا قبل بقي منه بيان حكم جنابة الحر على العبد وهو أنما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجنابة على الحر مطلقا بقي منه بيان حكم جنابة العبد على الحر وهو أيضا أنما يتبين في هذا الباب فظهر أن يقال لما فرغ من بيان جنابة الحر على الحر شرع في بيان جنابة المملوك والجنابة عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب آخره لا تحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من الهبة فكيف أخرب باب جنابته عن باب جنابة الهبة لأن جنابة الهبة كانت باعتبار الزاكب أو السائق أو القاتل وهم ملاك أه أقول فيه أيضا شيء إذا قل أن يقول إن أراد أن جنابة الهبة كانت البتة باعتبار الزاكب أو السائق أو القاتل فهو مجموع فان جنابته بطريق النفع جملها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم والأول يجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما إذا أصابت بيسدها أو رجلها حاصدا أو فؤاة أو نارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقد عين إنسان أو فسد ثوبه وكذا إذا انفلت فاصابت مالا أو آدميا لا يعرف كل ذلك أيضا في بابها وإن أراد أن جنابته باقية تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل الهبة ضمان على أحد بل يكون فعلها عذر لا يترتب عليه حكم من أحكام الجنابة في الشرع وانما ذكر في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ما له حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) قال في السكافي والكفاية فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضي الله عنهم مثل مذهبنا قال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنه كما هو مذهبنا وعن عمر وعلى رضي الله عنهم كما هو مذهبنا فأنهم قالوا لعبيد الناس أموالهم وبناتهم في قيمتهم أي أنهم قالوا في غاية البيان روي أصحابنا كالتدوير وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال إذا جنى العبدان شاء دفعه وإن شاء فداه وعن عمر رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وبناتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله وقال في معراج البراني روي عن علي رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنابتهم في رقاب الناس كذهبنا وهكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة ابن الجراح رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبنا فأنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء المال أو فسادون أرض الموضحة قلت ويحتمل أن يراد به أن الصبي إذا كان من العجم لأنه لا عاقلة للجسم والله أعلم بالصواب

(باب جنابة المملوك والجنابة عليه)

(قوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعندنا إذا عتق المولى بعد العلم بالجنابة كان مختارا

باب جنابة الهبة لأن جنابة الهبة كانت باعتبار الزاكب أو السائق أو القاتل وهم ملاك (قال وإذا جنى العبد جنابة خطا) أعلم أن التقيد بالخطا هنا ممدد في الجنابة في النفس لأنه إذا كان عسدا يجب القصاص وأما فيما دون النفس فلا يفيد لأن خطا العبد وعده فيما دون النفس سواء فإنه يوجب المال في الحالين إذا القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبد والاحرار فيما دون النفس وقوله (قبل مولاه ما تدفعه بأو تفديه) يعني بعد الاستيفاء فإنه لا يقضى على المولى بشيء في ذلك حتى يرى المحي عليه اعتبارا لجنابة العبد بجنابة الحر وقد بينا أنه يستأنى في جنابه الحر لأن موجهما يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فبعبه المحي عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بخلاف اللغاة وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهم مثل مذهبنا قال إذا جنى العبدان شاء دفعه وإن شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم ما وغيره وروي عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنابتهم في قيمتهم أي في أنهم لأن الثمن قيمة العبد

(باب جنابة المملوك والجنابة عليه) (قوله فعن ابن عباس رضي الله عنه) (قال إذا جنى العبد) أقول يعني قال ابن عباس إذا جنى العبد الخ

وقوله (الأنه بخير) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان بخيرا كقلى سائر العواقل ووجه ذلك راذكرة
في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ بوجبه التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهور فيها بالتوزيع والقسم على وجه لا يوجب الانحاف وأما
ههنا فالمولى واحد فظاهرناه فيه بآيات الخیار وقوله (غير أن الواجب الاصل هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى
وجب التخير لماسقط بموت العبد كقلى الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه أن الواجب الاصل

والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الدون بخلاف الذي
لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمتهم ميانا للدم من الهدر وبخلاف الجناية على المال لان
العواقل لا تعقل المال الا أنه يخبر بين الدفع والغداء لانه واحد وفي آيات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا
يستأصل غير أن الواجب الاصل هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لغوات محل الواجب
وان كان له حق النقل الى الغداء كقلى مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء
فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه للمولى الجناية وان فداء فداء بارشها وكل ذلك يلزمه حالا)

ذلك كله تقرير المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل
كلا يخفى وأما ثانيا فلان الشافعي أن يقول أصلنا مستند الى النص كما أن أصلكم مستند الى النص وهو مروي
عن عمر رضي الله عنه ليس بمعقوس على ما يبطل بآداء الفرق ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن
يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو أن العاقلة من هي فقال الشافعي هي
أهل العشرة وقتلناهي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلا ومعه الا وقد قامت لنا حجة على
الشافعي هناك فاكثفنا هنا بما جعل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لان العبد
يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس بخالف هذا حديث لان عقل العواقل عدا ولا عبدا اه وقال صاحب
التسهيل يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا
يصح هذا التعليل على مذهبه اه وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذنا
من التسهيل كما هو حاله في أكثر ابدانه في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة
انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفرع عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا فان الفقهاء قالوا العاقلة
الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجي في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تعزم الدية
وهم عشرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اه وقال في النسخ وعاقلة الرجل

(قوله الا انه بخير) أي بخير المولى في أصل المسئلة وهو ما اذا جنى العبد جناية خطأ وهذا استثناء من قوله
والمولى عاقلته يعني بالنظر الى ان المولى عاقلته ينبغي ان لا يثبت الخيار للمولى بين الدفع والغداء كما لا يثبت
هذا الخيار لسائر العواقل وفرق بين المولى وسائر العواقل بهذا اوقالا انما يخبر المولى ههنا لان التخفيف
للتخفيف والتخفيف مطلوب في الموضوعين غير ان أثر التخفيف يظهر في سائر العواقل بوجه آخر وهو التوزيع
والقسم عليهم على وجه لا يورث الانحاف لانهم هم كثرة فكان تخفيفا واما ههنا فالمولى واحد فثبت
التخفيف فيه انما يثبت بآيات الخیار (قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع في الصحيح) ذكر الامام
الترمذي رحمه الله والصحيح ان الاصل هو الدية والارث لكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وفي
الاسرار وقد ذكر بعض مشايخنا ان الواجب الاصل هو الارث على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية
بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد (قوله ولهذا يسقط الموجب
بموت العبد) أي اذا مات العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة المجنى عليه حق من الدفع والغداء وهذا
يدل على ان الواجب الاصل هو الدفع (قوله كقلى مال الزكاة) فان موجب مال الزكاة وهو ايتاء جزء من

هو الدفع وان كان له حق
النقل الى الغداء كقلى مال
الزكاة فان الواجب الاصل
فيه جزء من النصاب وللمالك
أن ينتقل الى القيمة (ولهذا)
أي ولا يكون الواجب الاصل
هو الدفع بسقط الموجب
بموت العبد لغوات المحل
وقوله (في الصحيح) احتراز
عن رواية أخرى ذكرها
الترمذي رحمه الله ان الدية
هو الاصل ولكن للمولى أن
يدفع هذا الواجب بدفع
الجاني وانما كان ذلك صححا
لما ذكر في الاسرار أن
بعض مشايخنا جزمهم الله
ذكر أن الواجب الاصل
هو الارث على المولى وله
المخلص بالدفع ثم قال
والرواية بخلاف هذا
في غير موضع وقد نص
محمد بن الحسن رحمه الله
أن الواجب هو العبد وقوله
(بخلاف موت الحر الجاني)
جواب عما يذكر ههنا
مستشهادة به كذا كراه
آتفا ووجهه أن الواجب
لا يتعلق بالحر استيفاء فصار
كالعبد في صدقة الفطر في
أنها تجب عن العبد على
المولى ولا تسقط بموت العبد
قال (فان دفعه ملكه للمولى)

الجناية) فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجنى عليه (وان فداء فداء بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالا اما
الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالناجيل في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتخصيل ترفها وتخصيل الحاصل باطل
قال المصنف (والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) أقول ليس بخالف ما قلنا حديث لان عقل العواقل عدا ولا عبدا (قوله والقسم على وجه
لا يورث الانحاف) أقول لظاهر أن يقال لا يورث الانحاف

الماء ولما نحن فيه ليس أمر ضروري بمنع، عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمحقابه لا يقال قد يتضرر بوجوده حالا

فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع الخ (وان مات) أي العبد الخاني بعد ما اختار المولى الغداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الغداء وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الخائن غير مخير وان عين أحدهما قولاً لم يتعين وهنأ قد تعين وأوجب بان حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى (٢٧٤) فالقصد منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أي الجناية الاولى برقبته

وأما الغداء فلانه لاحق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لغوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الغداء لم يبرأ التحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاد في حق كان حكم الجناية الثانية بحكم الجناية الاولى) معناه بعد الغداء لانه لما طهر عن الجناية بالغداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنائية قال (وان جنى جنائيتين قبل للمولى اماناً ثم دفعه الى ولى الجنائيتين يقتسمانه على قدر حقيهما وأما أن تغديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنائية في حق المجني عليه الاول أو ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنائيهما (وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم) لماذا كررنا (ولو قتل واحد او فداه عن آخر يقتسمانه اثلاثاً) لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشبهات (وللمولى ان يفسد من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنابات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له ولي لم يكن له أن يفسد من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لانحد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفرق في موجبها

فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم (قوله وأما الغداء فلانه لاحق له الا الارش) أقول فيه اشكال سبب في الحصر اذ قد قرر فيما قبل ان الواجب الاصل في جنائية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لغوات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الغداء كإحياء مال الزكاة فاذا كان حق ولي الجناية منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الاصل في جنائية العبد فلم ينحصر فيه فامعنى حصره في الارش بقوله لاحق له الا الارش وهذا يكون منافقاً لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلا حقه متعلق به

بمال فلم يسقط بموت الخاني كالعبد في صدقة الفطر لمسلم تعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاء لا تسقط صدقة الفطر بموته (قوله لغوات محل حقه على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع الى آخره (قوله فان عاد في حق كان حكم الجناية الثانية بحكم الجناية الاولى) أي يقال للمولى يدفعه بالجنائية الثانية أو اوقده كالمولى في الجناية الاولى (قوله معناه بعد الغداء) انما سطر المسئلة بهذا لانه اذا لم يغده عن الجناية الاولى ثم جنى أخرى كانت المسئلة عين المسئلة الثانية وهو قوله وان جنى جنائيتين قبل للمولى اما ان تدفعه الى آخره (قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية) وهذا بخلاف الرهن فان تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون به لان الرهن ابقاء حكمه والارث ان استيفاء حكمه فيعتبران بالبقاء والاستيفاء الحقيقيين ففي الحقيقي لا يبي تعلق فكذا في الحكمي (قوله ومعنى قوله على قدر حقيهما) أي قدر ارش جنائيهما لان المستحق انما يستحقه عوضاً عما فات عليه فلا بد من ان تقسم على قدر المعوض كذا في البضاح (قوله لان ارش العين) أي العين الواحدة (قوله والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه) هذا جواب اشكال وهو ان يقال الحق وان كان متحداً بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فينبغي ان يتم كمن

لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غير وهنأ لا يمنع وأوجب بان في الرهن ابقاء واستيفاء حكمه فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله (على قدر ارش جنائيهما) لان المستحق انما يستحق عوضاً عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر المعوض وقوله (لماذا كررنا) يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بقوله (وعلى هذا حكم الشبهات) يعني لو تخرج جلا موضحة وآخرها شتمتوا آخر منقلة ثم اختار المولى الدفع بدفع الى صاحب الموضحة سدد العبد لان له خمسة مائة والى صاحب الهاتمة ثلثة لان له ألفاً والى صاحب المنقلة

قال

نصفه لان له ألفاً وخمسة مائة فيقسمون الرقبة هكذا وقوله (وهي الجنابات

المختلفة) يعني بخلاف ما اختاره في حق الآخر كالأفراد كل واحد منهم وقوله (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال الحق وان كان متحداً بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أننا لانسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الخ لا يقال المالك يثبت للوارث حقيقة توكيد ولا ميت حكم فقط لانه ليس من أهل المالك

حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لأن ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى قال (فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرفه بائع من عنده عن الدفع صار مختاراً للغداء والافلاذ والم لا يعلم بالجناية لم يكن مختاراً للغداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أُرش الجناية وعلى (٢٧٥) هذا تخرج الغرور المذكورة

في الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعني قبيل العلم وبعبارة وقوله (بخلاف الاقراء على رواية الأصل) يعني إذا جنى العبد جناية فقال ولها عبيدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو جارة أو رهن لا يصير مختاراً للغداء لما ذكر في الكتاب ولم تدفع عنه الخصومة حتى يقسم على ذلك بينة فإن أقامها أحوالاً إلى قدم الغائب وإن لم يقمها خوطب بالدفع أو الغداء ولا يصير مختاراً للدية مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه الكرخي بالبيع واخواته) في صير ربه مختاراً لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الأصول وقوله (والطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أُرشها الخ وقيل يريد قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونه وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لأن كل واحد مال وقوله (لأنه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك وإنما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج إليه ههنا وقوله

قال (فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أُرشها) وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه (الارش) لأن في الأول فوت حقه فيضمنه وحقه في أقلامها ولا يصير مختاراً للغداء لأنه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختاراً لأن الاعتاق بمنع من الدفع فلا قدس عليه اختيار منه لا يخرج على هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يحاطب بالدفع اليسواس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع واخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بأقراره فاشبهه بالبيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لأن

(قوله) واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أُرشها وقيل المولى من إن يقضى من أحدهما وان يدفع إلى الآخر كفي الجنبات المختلفة (قوله) فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل إلى آخره) والأصل في جنس هذه المسائل أن المولى متى أحدث في العبد تصرفاً يجزئه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختاراً للغداء وإذا أحدث تصرفاً لا يجزئه عن الدفع لا يصير مختاراً وإن كان عالماً بالجناية (قوله) وحقه في أقلهما) الدليل على أن حقه في أقلهما أنه ليس له ولاية المطالبة بالأكثر (قوله) وعلى هذين الوجهين البيع والهبة) أي كونه عالمًا وقت التصرف وغير عالم (قوله) بخلاف الاقرار على رواية الأصل) يعني إذا أقر الرجل الذي في يده العبد الجاني بأن هذا العبد الجاني أفلان لا يصير مختاراً للغداء وفي النسيوط ولوان عبادي يدرج جنى جنسية فقال ولي الجناية هو عبيدك وقال الرجل هو وديعة عندي لفلان أو عارية أو جارة أو رهن فإن أقام على ذلك بينة أخرى الأمر فيه إلى أن يقدم الغائب فإن لم يقدم بينة خوطب بالدفع أو الغداء وقال زفر رحمه الله هو مختار للدية بمجرد قوله أن هذا العبد لفلان لأنه زعم أنه لا سبيل له على دفعه فيجعل به موقوفاً للدفع مختاراً للغداء كالأعتاق ولكننا نقول هو بكلامه هذا زعم أنه ليس يخصم في هذه الجناية أصلاً واختياره يثبت على كونه خصماً فإذا ثبت بالبينة أنه ليس يخصم فيه صار إثبات ذلك بالبينة كالإثبات بالمعينة وان لم يقدم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه وهو ممكن من دفعه فيجانب بالدفع أو الغداء ولا معنى لجمع له مختاراً للدية مع تمكنه من الدفع بالجناية وإن فده ثم قدم الغائب أخذ عبده بغير شيء لأن ذا اليد كان أقر بالملك له وقد اتصل تصديقه بذلك الاقرار وقد كان ذواليد متبرعاً في هذا الغداء وأنه ما كان مجبراً عليه فلا يرجع شيء منه على المقر له وإن كان دفعه بالغائب بالخيار أن شاء أمضى ذلك وإن شاء أخذ العبد ودفع الارش لأن تصديقه اتصل بذلك الاقرار فيثبت الملك له وتبين أنه كان له الخيار (قوله) لجواز أن الأمر كما قاله) أي لجواز أن يكون العبد عبداً للمقر له بالدفع إلى ولي الجناية (قوله) والحقه الكرخي بالبيع) وفي الايضاح وقد أطلق أبو الحسن أنه يصير مختاراً وهو رواية خارجة عن الأصول (قوله) واطلاق الجواب) وهو قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أُرشها إلى آخره (قوله) واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري) يعني إذا باع مولى العبد الجاني العبد بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختياراً منه للغداء وفي الايضاح أم على قولها فلان الملك يثبت للمشتري وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ملك البائع يزيل وإن لم يثبت للمشتري وفوات الدفع يكون يزيل والملك البائع

(بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختاراً للغداء ما لم يملك ما زال قيل المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجسراً للبيع والمائع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسخاً للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للغداء وأجيب بأن ضرورة لم تتحقق ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجسراً أو فاسخاً ههنا لكان تصرفه واقعاً في ملك الغير على تقدير نزع الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية وأما ههنا فلم يجعل مختاراً للغداء بهذا التصرف لم

يثبت بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترق وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بأن كاتب المسلم عبده الجاني على خيرا وخيرا فإنه يصير مختارا للغداء لأن وجبه ثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله (فيه ذكرناه) قيل يعني في اختيار الغداء وقيل في العلم بالجناية وعدم موقوله (ولو ضرب به فنقصه) يعني بأن أثره حتى صار مهزولا وأقلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزأ منه وأما إذا ضرب به ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرض الآن برضى ولي الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لأنه لما رضى به ناقصا صار كأنه نقصان حصل بأثره سمويه وقوله (وكذا إذا كانت بكر افوطها) يعني يصير به مختار للغداء وإن لم يكن الوطء معلقا لما قلنا أنه حبس جزأ منه وقوله (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختار للغداء لأنه لا يعجز عن الدفع كما لا يعجز عن البيع وعلى المصنف (٢٧٦) رحمه الله بقوله (لأنه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الغداء كما لو أقر

الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصير مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبها ثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولا من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لأن فعل المأمور مضاف إليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزأ منه وكذا إذا كانت بكر افوطها وإن لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غيرا علاق وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات

يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جنابة خطأ فإنه ينظم النفس وما دونها كذا في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد إذا ذكرنا لأن تأخير التعرض لاطلاق ما في أول الباب إلى هنا مع كونه بعيدا عن نزع السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لأن الاطلاق

(قوله بخلاف الكتابة الفاسدة) أي يصير مختار للغداء بمجرد عقد الكتابة لفاسدة بخلاف البيع الفاسد فإن هناك لا يكون مختارا للغداء قبل التسليم إلى المشتري وفي الإيضاح أن موجب عقد الكتابة الفاسدة ثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض (قوله ولو ضرب به فنقصه) أي بأن أثر الضرب فيه حتى صار مهزولا وأقلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالما بالجناية وأما إذا كان ضربه وهو غير عال بالجناية كان عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية إلا أن برضى ولي الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لأنه لما رضى به ناقصا صار كأنه نقصان حصل بأثره سمويه ولو ضرب به المولى عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل أن يتخاصم فيه لا يكون مختار للغداء بل يدفع أو يغدى لأن النقصان لما زال جعل كأن لم يكن ولو خوصم في حالة البياض فضمنه القاضي الدية ثم زال البياض فالتعاضد نافذ لا بد لأن الخيار قد استحكم بانضمام القضاء إليه (قوله) وإن لم يكن معلقا) وإنما قيد به لاثبات الفرق بين وطء البكر والثيب لأن بوطء الثيب لا يكون مختارا للغداء ما لم يكن الوطء معلقا في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لأن الحل يختص بالملك فيكون دليلا على امساك العين وقول زفر مثل قول أبي يوسف رحمه الله هذا وقوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأنه حبس جزأ منه (قوله) ولا يصير مختارا بالرهن والاجارة في الاظهر) هذا احتراز عما

عليها بالسرقه عالما بالجناية فان هذا الاقرار يدخلها فوع عيب ولكن لما كان حكمه يثبت به اختيار الغداء وفيه إشارة إلى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعيب وبالتعيب يثبت اختيار الغداء كذا ضرب على يدها وعيها وذلك لأن التعيب حقيقة يثبت به اختيار الغداء لأن فيه حبس جزأ منها وأما الحكمي فليس كذلك وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فإن به لا يصير المولى مختارا للغداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غيرا علاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لأن الحل يختص بالملك فيكون الوطء دليلا على امساك الثيبين فإن قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر

الرواية وبين البيع بشرط الخيار فإن الوطء هناك فسخ للبيع وإن لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا إلا إذا كان معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخ البيع وقع الوطء حراما لأنه إذا اختار الغداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فالخبر رعن ذلك جعلناه فسخا وههنا إذا دفعها بالجناية ملكها ولي الجناية ومن وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يثبت أن الوطء كان في غير ملكه وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختار للغداء حتى لو عطب في الخدمة ولا ضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لأن الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والرهن يتم من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين القاعين فلا يجعل ذلك اختيارا للغداء وقوله (في الاظهر) احتراز (قوله) والرهن (يتم من قضاء الدين الخ) أقول يتعلق حق المجنى عليه يعني العبد سابقا على تعاق حق الرهن بوجوب مخرج الرهن وإن

عماد كرفي بعض نسخ الاصل أنه يكون مختار الاجارة والرهن لانه أثبت عليه براءة مستحقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختار لانه لا يجوز عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الآن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله أن يمتنع من قبوله (٢٧٧) قال (ومن قال لعبد ان قتل فلانا)

ومن علق عرق عبده بجناية
توجب الديه مثل أن يقول
ان قتل فلانا أو رميته أو
شججته فانت حرفه ومختار
للفداء ان فعل ذلك خلافا
لفرضه الله لان اختيار
الفداء انما يكون بعد الجناية
والعلم بها وعند التكلم ليس
شيء منهم اجماع وجود وجود
الجناية لم يوجب جرمه فعل
يصير به مختار واستشهد
بالمسئلة المذكورة في الكتاب
وقوله (ولنا) ظاهر وقوله
(ولانه حرضه) دليل آخر
ومعناه أن المولى حرض
العبد على مباشرة الشرط
وهو القتل أو الرمي أو الشج
(بتعليق أقوى الدواعي
اليه) أي الى الشرط وهو
الحرية (والظاهر أنه
يفعله) رغبة من الحرية
(وهذا دلالة الاختيار)
وانما قلنا بجناية لانه لو علقه
بغيره ما مثل أن يقول لعبد
ان دخلت الدار فأنت حرم
جسي ثم دخل الدار فان
المولى لا يصير مختار الفداء
بالاعتاق لعدم العلم بالجناية
عند التعليق بخلاف ما إذا
علق بالجناية فانه علق بها
أقوى الدواعي اليه والظاهر
وجودها فكان عالمها
ظاهرا وانما قلنا بجناية
توجب الديه لانها لو كانت

وكذا بالاذن في التجارة وان ركب دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الآن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلم يوجب المولى فتمت قال (ومن قال لعبد ان قتل فلانا أو رميته أو شججته فانت حرفه ومختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختار الفداء لان وقت تكلمه بالجناية ولا علم له بوجوده بعد الجناية لم يوجب جرمه فعل يصير به مختار الا ترى انه لو علق الطلاق أو الاعتاق بالشرط ثم حذف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يثبت في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمخبر فصار كما إذا اعتقه بعد الجناية ألا يرى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طاعت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما إذا مرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عن اذا ائتمن بالمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد يد رجل فدا دفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فاعتقه ثم مات من قطع اليد فاعبد صلح

هنالك في المسئلة لافي الجواب كالا يخفى على ذوي الاباب فالمراد هو الاول لا غير (قوله وكذا بالاذن في التجارة) وان ركب دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة أقول في التعليق شيء وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركب دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الآن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله وإذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه فطاعاوان أراد أنه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليق بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختار الفداء هنالك اذا كان عالمها بالجناية كالمراة انما مع انه يجري أن يقال هنالك أيضا ان الضرب بان نقصه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فانه اذا رضى أن يأخذها ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عن بان قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليق في صورة ما اذا ضرب به فنقصه ان لم يفت الدفع برضا ولي

ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختار الفداء بالرهن والاجارة لانه أثبت عليه ما يد استحقة فصار كالبيع ووجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنقص بالعذر فيكون حق ولي الجناية في فداء عذره في نقص الاجارة والرهن يمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بدين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا (قوله لان الدين لحقه من جهة المولى) وجوب الدين في ذمة العبد نقصان للعبد لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع العبد اليه فيستببه به بدونهم لكن ذلك بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان له أن يمتنع من قبوله ناقصا (قوله ومن قال لعبد ان قتل فلانا أو رميته أو شججته فانت حرفه ومختار للفداء ان فعل ذلك) أي العبد وقال زفر رحمه الله لا يصير مختار او عليه قيمة العبد وفي الميسر فان كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص فلا شيء على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرقي والحرية فلا يصير المولى بالعتق مغفورا حق ولي الجناية فاذا ذلك لا يلزمه شيء (قوله فكان الصلح واقعا بغير بدل فيمطل) فان قيل هذا مشكل على قول أبي يوسف ومحمد وجههما الله فان عندهما الصلح عن الطرف يكون صلحا عن النفس قلنا الفرق لهما ان الصلح يقع عن القصاص لان القصاص يجري بين الحرين في لا طرف فيكون الصلح حقيقة ووهنا الدفع ليس بصلح حقيقة فاذا سري تبين ان الواجب ليس بدفع فيكون الصلح واقعا بغير بدل فلا يمكن

توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرقي والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا

نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الديه لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) قول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الديه بل اذا كان بالاغم مثل أن يقول ان قتل فلانا بقتله بقتله بالقتل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق (أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) وسماءه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ رجعهم (٢٧٨) الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب

بالجناية وإن لم يعتقه رد على المولى وقيل للأولياء أو أفعوا عنه) ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينهما وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعاً بغير بدل فباطل والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بعدمها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا اعتقه لأن أقدامه على الاعتاق بدل على قصده تصحیح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا أن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لأنه لما رضى يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجب الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فبطل العبد إلى المولى والأولياء على خبرتهم في العفو والقتل

الجناية تنقض الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هنا فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركب مدين كلام لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون ولولى الجناية إذا دفع العبد إليه فيتبعونه بدونه كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب السكافي ولكن الرقبة قد انتقضت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو إذاذن فكان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قبيته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك) وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماءه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به اه واقتنى أثره الشارح العيني أقول فيه نظراً لأن المصنف صرح فيما مر بان الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد ولو أن محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى أن صاحب الاسرار بعد أن ذكر ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الارش قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رجه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشايخ كما بان عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في محبة ما هو صلح وهو ما إذا أعتقه بذم ترشد (قوله والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بعدمها عليه) أقول فيسبب بحث وهو أنه إذا أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بمجرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجسدى نفعاً هنا لأن الدفع لم يعلم أن القلاع يسرى فيكون موجب القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجب المال وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بمجرمتها عليه بل ظن أنها تحمل له فإنه يورث الشبهة فيدرك الحسد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم أيضاً هنا من قوله مع العلم بمجرمتها عليه

اعتبار ذلك صلحا (قوله لأن أقدامه على الاعتاق بدل على قصده تصحیح الصلح) لأن العاقل يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها فالعقد بينهما صلح عن الجناية وما يحدث منهما مقتضى للاعتاق فإذا لم يعتقه لم يوجب الصلح ابتداء لأنه لم توجد دلالة (قوله ولهذا لو نص عليه) أي على أن يكون

الجناية به وإنما وقع باطلا لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الأحرار والعبيد وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعاً بغير بدل يعني المصالح عنه لأن الذي كان الصلح وقع ضمنه هو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن رقت الصلح فباطل والباطل لا يورث شبهة كما إذا طاق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة مع العلم بمجرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن أقدامه على الاعتاق بدل على قصده تصحیح الصلح لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح إلا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الأقدام على الاعتاق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لأنه لما رضى يكون العبد عوضاً عن القليل كان بكونه عوضاً عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو أمكان مقتضى موجود ولهذا لو نص على ذلك ورضى به المولى صح

فتبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجب الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فبطل العبد إلى المولى والأولياء على خبرتهم في العفو والقتل

(قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وذکر

وقوله (وذكر في بعض النسخ) قال الامام نفع الاسلام رحمه الله وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام من ماذ كرفي الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذكرنا) يعني وان لم يعتقد رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع بردا شكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفولانه بنبي عن الخطيئة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فإلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شيء فلا بردا شكالا على مسئلة العفو وقبل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها بردا شكالا فيما اذا عفا عن البدوسرى الى النفس وما من حيث لا يجب القصاص هناك وهذا قال يجب واختلف (٢٧٩) المشايخ خرجهم الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم

ما ذكرهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الديية وفي مسئلة العفو وجوب الديية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التذافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو أن العفو عن البدس صرح ظاهر الان الحقة كان في البدمن حيث الظاهر (فصرح العفو ظاهرا) وتبطل به الجنابة كذلك لان العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما يبقى

وذكر في بعض النسخ رجل قطع يده رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صليح بالجنابة الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع بردا شكالا فيما اذا عفا عن البدس سرى الى النفس وما من حيث لا يجب القصاص هناك وهذا قال يجب قبل ما ذكرهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق وجهه أن العفو عن البدس صرح ظاهر الان الحق كان له في البدمن حيث الظاهر فصرح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجود حقيقة فكفي ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذ لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخرج ما ذكرناه من قبل قال (واذا جنى العبد الماذون له جنابة وعليه ألف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجنابة فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجنابة) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبسيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين بافناء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فيضمهما (قوله) أما ههنا الصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة) أقول برده عليه أنه أن ار يدعوا لهم الصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجنابة العبد صلحا عن الجنابة وما يحدث منها ورضى المولى به صرح (قوله) وذكر في بعض النسخ) أي بعض نسخ الجامع الصغير (قوله) الى آخر ما ذكرنا من الرواية) يعني وان لم يعتقد رد الى مولاه ثم يقال لاولياء الجنابة أما ان تقتلوا وأما ان تعفوا (قوله) وهذا بردا شكالا فيما اذا عفا عن البدس أي الوضع الثاني وانما خص هذا النوع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفولانه بنبي عن الخطيئة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فإلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شيء فلا بردا شكالا على مسئلة العفو وقبل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها بردا شكالا فيما اذا عفا عن البدس سرى الى النفس وما من حيث لا يجب القصاص هناك وهذا قال يجب واختلف (٢٧٩) المشايخ خرجهم الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم

ما ذكرهنا من وجوب القصاص (قوله) أما ههنا الصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذ لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخرج ما ذكرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولى الجنابة) يعني اذا كانت القيمة أقل من الارش وقوله (أتلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متناقضين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما يمكن أيضا من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمهما به والاصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدماء والغداء فان دفع ببيع دين

(قوله) وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى (الخ) أقول يعني الاتقاني

الغرماء فان فضل شيء كان لصاحب الولاء وانما بدأنا بالدفع لانه توفير الحقين فان حق ولى الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الدين ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد للمشتري المالك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجب بانها اثبات حق الاستخلاص لولى الجناية باقضاء بالدين فان الناس في الاعيان أغراضا وانما لم يبطل الدين بحسب وث الجناية لان موجبها صيرورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيعه وفضل من ثمنه شيء صرف الى أوليله الجناية لانه يبيع على ما سلكهم وان لم يف بالدين تاخر الى حال الحرية كمالو يبيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لا وليا لها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعناق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر وقوله (بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابلته الحق) يعني حق الدفع (لانه دونه) أى الحق دون المالك فيكون الحق مع المالك مرجوحا قال (واذا استدانة الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد استدانها وبين ولادتها بعد حنيتها في أن الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من النصف في رقبته يبيع أو هبة أو غيرهما فكانت (٢٨٠) من لاوصاف الشرعية القارة في الامم تنسرى الى الولد كالكاتب والتدبير والرهن وأما موجب الجناية فالدفع أو الغداء وذلك في ذمة المولى لاني ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من النصف في رقبته يبيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله (والسريرة في الارصاف الشرعية دون الارصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محال لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتعوله واعتراض وجهين

بالاتلاف بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم المالك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وهما يجب لكل واحد منهما بالتلاف الحق فلا ترجع فيظهر ان في ذمتهم ما قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها) والغسرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لاني ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسريرة في الارصاف الشرعية دون الارصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطافا لشيء له) لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على المقتله

بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنائيات بان موجب القتل العمد القود والا لم يف بالدين تاخر الى حال الحرية كمالو يبيع على ملك المولى (قوله فلا يظهر في مقابلته الحق) أى حق الغريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون المالك فصار كان ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتلك القيمة لان القيمة مالية العبد والغريم مقدم على المولى فيها لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع له فكان مقدما معني والقيمة هي المعنى فيسلم اليه وفي الفصل الاول التعارض بين الحقين والحقان مستويان فيظهر ان في ذمتهم ما قال (واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت) هذا اذا ولدت بعد الاستدانة أما اذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها وأما الاموال التي حصلت لها بطريق الهبة أو الصدقة أو بالتجارة فهي أحق به من مولاه في أداء دينها بها

أحدهم الا نعلم أن دين الامة في ذمتها فان المولى ان أعتقه ضمن قيمته ولو كان في ذمتها لمضمن كولو قتل مدبون واربأ انسان ذمة لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان بها ساسرى أثر الدفع الى رأس استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما أن ولدها حراً وهاو أرشها ليس كذلك ولما يسرى اثرها الى جزمها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى الى ما ليس بجزم منها وأوجب عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المدبون على المولى لتعوله ما يتعلق به حق الغرماء ببيعها واستيفاء من غنمه باعتبار وجوب الدين على المولى والاوجب عليه ابقاء المدبون لانه ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المعاملة بين المثلث وهو الدين وما يقابلها من العين ضمانا وضمان العدوانية ثم المدمالة وهي مسألة تقوم المفاعع وهي معرفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهذا اعتبار لان الاتلاف هنالك لا في محال يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقص فان قيل اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الارش بدل جزم متصل فان بالجناية وولى الجناية قد استحقها بكل جزم منها ساقط من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه كولو قتل وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولى الجناية باعتبار الجزم بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزم ولا بد لانه جزم وقوله (واذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحريية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تغاوت في ذلك

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول اظاهر أنه كان يكفي أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفوته (قوله فان قلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والضمن هو الدين بل العين الذي أتلفه

وقوله (وابراء العبد) يعني من كل الديّة لا من قسطه فيها وبراء المولى لأنه لم يدع عليه بعد (٢٨١) الجنابة اعتناق حتى يصير به مختاراً

للفداء ان علم بذلك أو مستهلكاً حق الجنى عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة الا بحجة وقوله (واذا اعتق العبد) يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق (فقال للرجل قلت أهلك خطأ وأنا عبد) وقال لا تحرب قتلته وانت حر قال قول المولى العبد لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافسة للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في حجة العبد على المولى دفعاً أو فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار وههنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبد اعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق وقوله (كان القول قوله) يعني مع عيینه وقوله (لماذا كررنا) إشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن اعتق جارية ثم قال لها قطع يدك المسئلة أيضاً مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافسة للضمان ومعنى قوله (الا

وأبرأ العبد المولى الا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا اعتق العبد فقال للرجل قلت أهلك خطأ وأنا عبد وقال لا تحرب قتلته وانت حر قال قول المولى العبد) لانه منكر للضمان لانه أسنده الى حالة معهودة منافسة للضمان اذ الكلام فيها اذا عرف رقة والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعاً أو فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبي أو بعثت دارى وأنا صبي أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعثت دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لماذا كررنا قال (ومن اعتق جارية ثم قال لها قطع يدك وأنت أمتى وقالت قطعنها وأنا حر قال قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسنانا وهذا عند

أن يغفو الاولياء أو يصالحوا فسد جفوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجنابة وان أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الأصل بل يقر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قوله م فاذا لم تبطل الجنابة لم تنزع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجنابة بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي العفو والصلح اذا عفو أيضاً لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الأصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن اعتق جارية ثم قال لها قطع يدك وأنت أمتى وقالت بل قطعنها وأنا حر قال قول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضاً مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافسة للضمان أقول

ويستوى في ذلك ان كانت اكتسبت قبل حقوق الدين أو بعده لان يدها في الكسب يدمية حتى لو نازعها فيه انسان كانت خصمه له فباعتبار بقاء يدها حتى حاجتها فيه بمقدار ما يخلف ما اذا كان أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين وهذا بخلاف ما اذا ولدت قبل أن يلحقها الدين لان ولدها ليس من كسبها ولا كنه جزء متولد من عيها فكما أن نفسه لا تكون من كسبها فكذلك ولدها لا أن نفسه تتبعاع في الدين لا التزام المولى بذلك بالاذن لها في التجارة وذلك لا يوجد في حق الولد ولو تعلق به حق الغرماء انما يكون بعاري السراية ولا سراية بعد الانفصال لان الولد بعد الانفصال نفس على حدة وهذا اذا كان الدين لحقها قبل أن تلده ولدت لان حق الغرماء تعاقبهم في حال ما اذا كان الولد جزأ من مصلابها فيسرى الى الولد بحكم الاتصال فينصل على تلك الصفة وهذا بخلاف الدفع بالجنابة فان الجارية اذا ولدت لاحق لاولياء الجنابة في ولدها لان حقهم هناك في بدل المتلف وهو أرس الجنابة أو في نفسه اجزاء على الجنابة ولكن ذلك ليس بحق متناً كدبديل تمكن المولى من التصرف فيه كيف شاء بالبيع وغيره فلهذا لا يسرى الى الولد وهذا حق الغرماء متناً كدفي ذمتها متعلق بمالياتها بصفة التنا كدبديل أنه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغرماء حقهم فيسرى هذا الحق المتأ كدالى الولد بخلاف القصاص فانه لا يسرى الى الولد لان المستحق للقصاص الروح لا الرقة والولد يتولد من الرقة لا من الروح (قوله وأبرأ العبد) أي من كل الديّة لا من قسطه في الديّة والمولى لأنه لم يدع على المولى بعد الجنابة اعتناق حتى يصير المولى به مختاراً للفداء مستهلكاً حتى يعتق (قوله وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتى وأنا صبي) أو أقر رجل بأنه كان أقر وهو صبي لغلان بالف درهم وقال المقر له بل أقررت بهذا بعد البلوغ فالقول قول المقر مع عينه لانه أضاف الاقرار الى حالة معهودة تنافي الوجوب فان قول الصبي هل في الاقرار والصبا حالة معهودة في كل أحد فكان هو في المعنى منكر المال للمقر له فان قيل هو ادعى تاريخاً سابقاً في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله قلنا المصير الى هذا الترجيح بعد ثبوت أصل السبب ملزم واذا كان الاقرار في حالة الصبا غير ملزم أصلاً لم يكن هو مدعى للتاريخ بالاضافة اليه بل يكون منكر الأصل المال عليه كمن يقول لعبد اعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق (قوله لماذا كررنا) أراد به قوله لانه منكر للضمان (قوله الا الجماع والغلة استحسنانا) بان قال جامعك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة وأنت أمتى فقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المولى

(٣٦ - (تكلمة الغض والكفاية) - ناسخ) الجماع والغلة) أن يقول لها جامعك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسنانا) أقول سبق في تلمب الماذون أن المولى أن يخذله مثله بعد الدين

عملك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استعصا ناعند أبي حنيفة وأبي يوسف وجهاهما أنه وقال محمد لا يضمن الاشياء فاعلم بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقر ياخذ شيئا منها بعينه المأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه فان الرد فيه يجمع عليه بناها محمد رحمه الله على الأصل المذكور وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بانه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو (٢٨٢) منكره والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم

أبي حنيفة وأبي يوسف وجهاهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء فاعلم بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حاله معهوده متنافية لكافي المسئلة الاولى وكافي الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فعات عينك البني وعيني البني صحجة ثم فقتت وقال المقر له لابل فقاتها وعينك البني مفعو فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حاله متنافية للضمان لانه يضمن يدها الوطء قطعها وهي مدبونة وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستامن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أتمه المدبونة لا يوجب العقر وكذا أخذها من غلتها وان كانت مدبونة ليس هذا اسد يدلان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حاله متنافية للضمان كافي المسئلة الاولى والاما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كافي المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله لا يجحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حاله متنافية للضمان الآن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الاصل فاعلم معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله) وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستامن قال صاحب العتابة ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القلع لكنه ذكره بيانا للمسئلة اخرى صورتهما مسلم دخل دار الحرب بامان وأخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا لينافقا قال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منكى وأنا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان مع ذلك فوجه قول محمد انه أسند اقراره الى حاله معهوده متنافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربى قديضين اذا أخذه ديناف كان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع لا يجحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نك من الاختلال أما أولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القلع ممنوع فانه وان لم يكن داخل في مسألة القلع قطع نفسه الا انه نظير لها لا اشتراكها في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حاله متنافية للضمان عندهما وكونه نظيرا لما نحن فيه تعلق بمحض به فان التظير كثير الوقوع في استدلالهم شائع فبما بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستامن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فعات عينك البني وعيني البني صحجة الخ وأما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما (قوله) وقال محمد رحمه الله لا يضمن الاشياء فاعلم بعينه يؤمر برده عليها فاعلم على لو كان أقر ياخذ شيئا منها بعينه المأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه أجمعوا فيه على أنه بردها عليها (قوله) كما اذا قال لغيره فعات عينك البني وعيني البني صحجة ثم فقتت) أي كان الواجب القصاص ثم سقط بذهاب العين برديه براءة عن ضمان العين قصاصا وأرشا والمقر له بقله لابل فقاتها وعينك البني مفعو يدعى وجوب نصف الدين عليه وليس المراد من العتق القلع لانه لا قصاص في القلع ولكن المراد منه اذ هاب الضوء مع بقاء العين وفيه القصاص (قوله) لان وطء المولى أتمه المدبونة لا يوجب العقر لان حق الغرماء لا يتعلق بمناخ بعضها لانها ليست بمال وكذلك أخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده غلة وهو مدبون يصح ولو أخذ لا يكون مضمو ناعلى المولى

ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لانه ما أسنده الى حاله متنافية للضمان لانه يضمن يدها الوطء وهي مدبونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أتمه المدبونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلتها وان كانت مدبونة لا يوجب الضمان عليه فحصل فيها الاسناد الى حاله معهوده متنافية للضمان بخلاف غيرهما (لانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فعات عينك البني وعيني البني صحجة ثم فقتت) برديه براءة عن ضمان العين قصاصا وأرشا (وقال المقر له لابل فقاتها وعينك البني مفعو) برديه وجوب نصف الدين عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف ان كان صحجا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا وجههم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما

يجب فيه القصاص كما اذا قطع عين شخص ثم شلت عينه وفق العين بالتعوي لا قصاص فيه فلا يستقيم لا يوجب الأصل المذكور وأجيب بان المراد فق ذهب به نولر هاول تخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستامن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القلع لكنه ذكره بيانا للمسئلة اخرى صورتهما مسلم دخل دار الحرب بامان وأخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا لينافقا قال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منكى وأنا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان مع ذلك فوجه قول محمد

وجه الله أنه أسند امرأته الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال الحر في قديهم اذا أخذ منه ديناً فكان قد أقر
ببب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بجهة والله أعلم والحاصل ان هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا
أخذ الغلة أو وطنها وفي وجه يكون القول قول الجار يتوهو ما اذا أقر المولى أنه (٢٨٣) أخذ منها ما لاوهو فأن في يده وفي وجه

اختلفوا وهو ما اذا استهلك
مالها أو قطع يدها وقد
اتفقوا على أصلي أحدهما
أن الاسناد الى حالة معهودة
منافية للضمان بوجه
سقوط المقر به والاستخرا
من أقر بسبب الضمان ثم
ادعى ما يبرئه لا يسمع منه
الا بجهة فالوجه الاول يخرج
على الأصل الاول بالاتفاق
والوجه الثاني يخرج على
الأصل الثاني بالاتفاق
والوجه الثالث يخرج به
وجه الله على الاول وهو ما على
الثاني وقوله (واذا أمر
العبد المحجور) على الوجه
الذي ذكره ظاهر وقوله
(على ما بينا من قبل) إشارة
الى ما ذكره قبل فصل الجنين
وقوله (لأنه غير مضطري
دفع الزيادة) أي لضرورة
في اعطاء الزيادة لأنه يتخلص
عن عهدة الضمان باعطاء
الاقبل من الغداء أو قيمة
العبد لأنه انما تلف بامر
ما هو الاقل منهما قال (واذا
قتل العبد جلي عدا)
كلامه واضح الى قوله وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثناه
لولي الخطا وثله لغيره
العافي من ولي العمد عند
أبي حنيفة رحمه الله

لا يوجب الضمان عليه لحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صبيحا
بحر يقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا
شيء على الآمر) وكذا اذا كان الآمر صبيلا لم يملك الا بالو ائذان باقوله الما لان المواخذة فيه باعتبار الشرع وما
اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم
الاعتبار لحق المولى وقد زال بالنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا)
معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الغداء) ولا رجوع
له على الاول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق باقل من الغداء وقيمة العبد لأنه غير مضطري دفع الزيادة
وهذا اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان عبدا والعبد القاتل صغير الان عمده خطا ما اذا كان كبيرا يجب
القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عدا وكل واحد منهما وليا فعلى أحدولي
كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخر أو يغديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحدولي كل
واحد منهما سقط القصاص وانقلب ما لقصاص كآل وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة أو في
عشر من ألفا وقد سقط نصيب العافين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما عبدا والاخر خطا
فعلى أحدولي العمد فان فداء المولى فداءه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف من ولي العمد وعشرة
آلاف لولي الخطا) لأنه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطا في كل الدية عشرة آلاف وحق أحدولي
العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الغداء فيجب خمسة عشر ألفا (وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثناه
لولي الخطا وثله لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة وقال يدفعه ارباعا لثلاثة ارباعا لولي الخطا وربعه
لولي العمد)

انه ليس كذلك لان مال الحر في قديهم اذا أخذ منه ديناً ليس بشرح مطابق للمشروع وانما المطابق له أن
يقال لان مال الحر في قديهم اذا أخذ منه وهو مستأن تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثناه لولي الخطا
وثله لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يدفعه ارباعا لثلاثة ارباعا لولي الخطا وهذا

فكان منكرا لامرأه كذا ذكره الامام السكتاني (قوله واذا أمر العبد المحجور عليه صبيحا) قيد بالعبد
لأنه لو كان الآمر حرا بالغ ارجع عاقلة الصبي على عامله الآمر وقيد المحجور عليه لأنه لو كان مكاتباً بالغاً
يرجع عاقلة الصبي عليه باقل من قيمته ومن الدية بخلاف ما اذا كان الآمر عبدا ما ذونا حيث لا يرجعون
عليه الا بعد العتق وقوله صبيحا قيد بالحر لأنه لو كان عبدا لا يجب الدية بل يدفع أو يغدى (قوله وكذلك ان
أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر والمأمور عبدا محجورا عليهما الى أن قال ولا رجوع له على الاول في الحال وهذا
الحكم لا يقتضي أن يكون الآمر والمأمور كلاهما محجورا عليهما لا محالة بل يكفي بان يكون الآمر محجورا
عليه لأنه اذا أمر العبد المحجور العبد المأذون وباقي المسئلة يحالها للحكم كذلك أمالو كان الآمر عبدا
ما ذونا والمأمور عبدا محجورا أو ما ذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع أو الغداء على رقة العبد الآمر في
الحال بقيمة عبده لان الآمر بامر صا غاصب للمأمور فصار كافراره بالغصب والعبد المأذون لو أقر بالغصب
بواخذة به في حاله ربه بخلاف المحجور على ما ذكرنا فان قيل كيف يكون غاصب للعبد بالامر وهو قول
والغصب لا يكون الا بالنقل والتحويل قلنا ان لم يوجد منه النقل فقد وجد منه الامر بالنقل فاقم مقام النقل
كن أمر عبدا يعمل له جلا وذلك منه ضمن الآمر وان لم يوجد منه النقل لكن لما وجد منه الامر بالنقل أقيم

يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع
بشيء لان الامر لم يصح والامر لم يقع في هذه الورطة لئلا يحال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيحا انتهى أجيب بان أمره استخدام
واتلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطبت ضمن المستخدم كذا هذا غلتيأمل

قال المصنف (ويجب أن

وأصل هذا ما تضمنه عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الزمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الزمة فثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الزمة كمسئلة يبيع الفضولي وهي أن فضولي باع عبداً لغيره فوضولياً آخر باع نصفه وأجازا لملك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعاً فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقين على وجه الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه للساكن من ولي العمد لأن حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بالمنازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعتولي الخطأ والساكن من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما في مسألة الفضولين ولا يحنفترجه أنه أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة (٢٨٤) وهذا لأن حق ولي الخطأ عشرة آلاف وحق شريك العاق في خمسة فيضرب

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بالمنازعة واستوت منازعة الغريمين في النصف الآخر فينصف فلماذا يقسم أرباعاً وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة ثلاثاً لأن الحق يتعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالدين فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذا المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزبادات قال (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أي قري بهما

ما تضمنه عليه وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الزمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لأنه لا تضايق في الزمة فثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الزمة كمسئلة يبيع الفضولي وهي أن فضولي باع عبداً لغيره فوضولياً آخر باع نصفه وأجازا لملك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعاً وكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلتنا هذه ثلاثة أرباع العبد

مقامه كذلك ههنا كذا ذكره الامام المجتوب (قوله أصله التركة المستغرقة) أي إذا اجتمعت الديون المتفاوتة في التركة وصاقت عن الوفاء تقسم التركة بين أرباب الديون ثلاثاً بطريق العول أجماعاً حتى لو مات رجل وترك ألفاً لرجل عليه ألف ولا خروجه ألفاً فبالف المتروكة تقسم بينهما بطريق العول وفي عبد ماذون بين رجلين أدانه أحدهما ألفاً وأجنبي ألفاً فيبيع بالفان مات وترك ألفاً فعنده عولبة وعندهما نزاعية وهنما مسائل في بعضها القسمة عولية أجماعاً وفي بعضها نزاعية وفي بعضها عولية عند أبي حنيفة رحمه الله ونزاعية عندهما وفي بعضها الأمر بالعكس والأصل عندهما أن الحقيقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد فالقسمة عولية ومن ثبنا على وجه التمييز وفي وقتين مختلفين فالقسمة نزاعية وهذا لأن القياس يابى القسمة بطريق العول لأن تفسيره أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بأكمله والمال الواحد لا يكون له كل ونصف وإنما ترك القياس في الميراث بأجماع الصحابة رضي الله عنهم فيلحق

كل واحد منهما حصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لاخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين ثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلاثاً لصاحب الألفين وثلاثاً لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) فسر المصنف رحمه الله بقوله أي قري بهما قال الله تعالى وإن خفت المولى مني ورائي أي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما اعتقاه فعفا أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعاً

عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يقال للعاق ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد أن حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعاً

(قوله فثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجع (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن يتعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لتكامل واحد في البعض ولا بد من هذا التقيد على ما صرحوا فانه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عندهما وأيضاً لا بد من التقيد بأن لا يكون يتعلق الحقيقين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقين على وجه الكمال) أقول فيه بحث (قوله ولا يحنفترجه أنه أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في المصنع وإن كان للمولى حق النقل إلى القداء وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لأن الحق يتعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضاً لأن برأ بالرقبة الزمة مجازاً

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق النعم بقي على أصل الحرية المولى في دمه كما جني فيستحق دمه بالقصاص للمال
يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غيرانه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب
صاحبه فبا يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك
يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يغديه بربع الدية ولا يبي حنيفته رحمه الله أن (٢٨٥) نصيب العاني قد سقط ونصيب الآخر

وهو النصف يحتمل أن
يكون كله في ملك شريكه
فينقلب مالا ويحتمل أن
يكون كله في ملك نفسه
فيبطل أصلاً ويحتمل أن
يكون نصفه في ملك نفسه
ونصفه في نصيب العاني
فينقلب نصف هذا النصف
وهو الربع مالا فلما احتمل
هذا واحتمل ذلك لا ينقلب
مالا لان المال لا يجب بالشك
ووقع في نسخ الهداية في
هذا الموضع اختلاف كثير
والنعويل على المجموع

قال المصنف (لان ملك المولى
لا يمنع استحقاق القصاص
له) أقول فال علامة
الاتقائي فاذا عفا أحدهما
انقلب نصيب الآخر وهو
النصف مالا غيرانه شائع في
الكل فيكون نصفه في
نصيبه والنصف في نصيب
صاحبه فبا يكون في نصيبه
سقط ضرورة أن المولى
لا يستوجب على عبده
مالاً وما كان في نصيب
صاحبه بقي ونصف النصف
هو الربع فلماذا يقال
ادفع نصف نصيبك أو أفده
بربع الدية ولهما أن
ما يجب من المال يكون

(فعفاً أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقال يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يغديه بربع
الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضاً وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي
حنيفة وذكر في الزبادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفاً أحداً ابني بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد
وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق
القصاص ثبت في العبد على سبيل الشروع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا أحدهما انقلب
نصيب الآخر وهو النصف مالا غيرانه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فبا
يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف
النصف هو الربع فلماذا يقال ادفع نصف نصيبك أو اقتصد بربع الدية ولهما أن ما يجب من المال يكون
حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه دينه وتغذبه وصاياهم ثم الورثة يتخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته
والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا يتخلفه الورثة فيه

المدفع لولي الخطأ ورعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا
أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت
منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصارت هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة
بينهما بطريق بقى المنازعة ارباعاً كما في مسئلة الفضولين ولا يبي حنيفته رحمه الله أن أصل حقه ما ليس في عين العبد

ما كان في معناه وفي التركة اذا اجتمعت فيها حقوق متفاوتة ثبتت في وقت واحد وهو حال الموث فكانت في
معنى الميراث وكذا في الوصايا والأصل عنده أن قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثبتت في
العين على وجه الشروع لكل واحد في البعض فالقسمة عولية ومتى وجبت القسمة في العين لحق ثبت على
وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل فالقسمة نزاعية وهذا لان الحقوق
متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة فيضرب كل واحد بكل حقه في العين وكذا اذا كان كل واحد في
العين واسكن في الجزء الشائع فقد استوت الحقوق في القوة لانه ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما الا وللا
أن تراجعوا الأصل في قسمة العول الارث كما قال ونمحق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع أما اذا ثبت
الحقان على وجه التمييز فلم يكن في معنى الميراث وفي مسائل العفو القسمة تبا وجبت لحق ثابت في الذمة لان
حق كل واحد منهما في موجب الجنابة وموجب الجنابة يكون في الذمة فكانت القسمة عولية وعلى هذا
تخرج المسائل (قوله فعفاً أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يدفع الذي عفا نصف نصيبه
إلى الآخر أو يغديه بربع الدية) لا يبي حنيفته رحمه الله أن القصاص واجب لكل واحد منهما في النصف من
غير تعيين فاذا انقلب مالا احتمل الوجوب من كل وجه بان يعتبر متعلقاً بنصيب صاحبه واحتمل السقوط
من كل وجه بان يعتبر متعلقاً بنصيب نفسه واحتمل النصف بان يعتبر متعلقاً بما شائعاً فلا يجب المال بالشك
ولهما أن نصيب من لم يعف لمسا انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فبا أصاب
ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما أصاب ملك نفسه سقط (قوله وذكر في بعض النسخ قول محمد رحمه الله
مع قول أبي حنيفة رحمه الله) أي في نسخ الجامع الصغير والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله

حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه دينه وتغذبه وصاياهم ثم الورثة يتخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده ديناً فلا
يتخلفه الورثة فيه إلى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب
تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل أصلاً انتهى وأنت خير بان التعديل المذكور يتفحص بوضع البيانات وتبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن
التجليل البتة

*** (فصل) *** (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر فضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمته على الدينة خمسة آلاف الا عشرة) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يجب قيمته بالغة بما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرة آلاف الغافله في يده يجب قيمته بالغة بما بلغت بالاجماع اهمان أن الضمان بدل المالميل وله هذا يجب للمولى

بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطأ في عشرة وحق شريك العاق في خمسة يضرب كل واحد منهما بحصة كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخرين المدبون وترك ألفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثا لها لصاحب الاثني وثلثا لها لصاحب الالف فكذا هم بالخلاف يبيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيان والمحبر في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقتنى أثره في هذا الشرح والبيان صاحب العنايته ومراج الدراية (أقول) فيه نظران المصنف صرح في أوائل هذا الباب بان الواجب الاصل في جنابة المملوك هو الدفع ولهذا بسطه الموجب بموت العبد لغوات حمل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الغداء كما في مال الزكاة وصرح به أيضا عامة الفقهاء في كتبهم فسامعني بناء قول أبي حنيفة في هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهلا يفتنى هذا أن يكون الواجب الاصل في جنابة المملوك هو الغداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقة بنحو عمدا كرهه هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

*** (فصل في الجنابة على العبد) *** لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة على العبد وقدم الاولى ترجيحاً لجاناب الفاعلية كذا في العنايته وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جنابة العبد على الجنابة عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبنا (أقول) فيه بحث لانه ان أر بد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة فلا يجوز أن يكون عمر المجنى عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر المجاني عشرة سنين سنة أو أقل وان أر بد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توجدان معاً في آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الغطن العارف بالقواعد

*** (فصل) *** (قوله وفي الامة اذا زادت قيمته على الدينة خمسة آلاف الا عشرة) هذا أظهر الرايتين وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب خمسة آلاف درهم الا خمسة (قوله وقال أبو يوسف والشافعي رحمه الله يجب قيمته بالغة بما بلغت) وهذا القول من أبي يوسف رحمه الله قوله الآخر وكان يقول أولاً مثل قولهما وهذا الاختلاف بناء على أن الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال أم ضمان النفس فان يوسف والشافعي رحمه الله رجحاهما الله رجحاناً للمال لان ضمان المال بالمال أصل وضمنان ما ليس بمال بالمال بخلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى إيجابه بخلاف القياس (قوله ولهذا يجب للمولى) يعني لو كان بدل الدم لسكان للعبد اذ هو في حق الدينة مبقى على أصل الحرية ولهذا لا ينفذ اقرار المولى بالقصاص على عبده فان قبل وجوب الدينة للمولى لا يدل على كونه بدل المالمية الأثرى أن القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمداً وهو ليس بمقابل المالمية بالاتفاق قلنا استنبهنا القصاص بئى على الولاية قال عليه السلام السلطان ولي من لولى والمولى ولي العبد فيجب القصاص له فاما استحقاق المال لا يفتنى على الولاية بل على الارث اذا وجد سيده ولا يجري الارث بين المولى وعبده فعلم أنه انما يستحقه ليجبر به فواتماله كفى سائر الاموال وكفى الغصب

*** (فصل) *** لما فرغ من

بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة على العبد وقدم الاولى ترجيحاً لجاناب الفاعلية (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر فضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمته على الدينة خمسة آلاف الا عشرة) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله (وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً) (وقال أبو يوسف) آخره وهو قول الشافعي رحمه الله يجب قيمته بالغة بما بلغت ولو غصب عبداً قيمته عشرة آلاف الغافله في يده يجب قيمته بالغة بما بلغت بالاجماع اهمان أن الضمان بدل المالمية) (وبدل المالمية بالقيمة) (والضمان بالقيمة) (فلا نه) (يجب للمولى)

*** (فصل ومن قتل عبداً خطأ) ***

وهو لا يملك العبد الا من حيث المالبية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى القعدو بقاؤه ببقاء المالبية أصلاً) ان بقي العين (أو بدلاً) ان هلك (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالبية بالقيمة فظاهر وهذا (٢٨٧) كما ترى ترجيح لجانب المالبية على

الآدمية لان المعاملة واجب الرعاية والرعاية في ذلك أكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويمائل المال (ولا يخيغف ويحمد رجحما لله قوله تعالى ودية

مسئلة الى أهله) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فبين أوجب الدية مطلقاً فبين قتل خطأ حراً كان أو عبداً والدية اسم (والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان في معنى الآدمية حتى كان مكافئاً) بلا خلاف (وفي معنى المالية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لا محالة فيجب اعتبارها بأهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعاً لان الآدمية أصل لقيام المالية بهما وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لانسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما

أوجب بان الجمع انما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول إبه لخروجه عن الإجماع وقوله (وضمن الغصب) جواب عن قولهما كان كالغصب

وهو لا يملك العبد الا من حيث المالبية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى القعدو بقاؤه ببقاء المالبية أصلاً) ان بقي العين (أو بدلاً) ان هلك (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالبية بالقيمة فظاهر وهذا (٢٨٧) كما ترى ترجيح لجانب المالبية على

وهو لا يملك العبد الا من حيث المالبية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى القعدو بقاؤه ببقاء المالبية أصلاً) ان بقي العين (أو بدلاً) ان هلك (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالبية بالقيمة فظاهر وهذا (٢٨٧) كما ترى ترجيح لجانب المالبية على

(قوله) ولا يخيغف ويحمد رجحما لله قوله تعالى ودية مسئلة الى أهله أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فبين قتل خطأ حراً كان أو عبداً والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقاتل أن يقول لو كان الواجب فبين قتل العبد أيضاً خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار انساو بهم في الآدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساو بهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كالمذهب فتأمل (قوله) ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكافئاً وفي معنى المالية حتى كان مكافئاً عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان في معنى الآدمية حتى كان مكافئاً بلا خلاف وفي معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها بأهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعاً لان الآدمية أصل لقيام المالية بهما وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الأصل دون التابع انتهى (أقول) ليس هذا بوارد فان اهدار أحدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معاً فاعتبر أحدهما واهدار الآخر بان يعطى لاتلاف أحدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدمية ومالية معاً بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية أصلاً وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه وثبات اليد المبطلة فيه كما أشار اليه المصنف بقوله وضمن الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال بحيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية يلزم فيه اهدار الأصل الذي هو الآدمية فان معنى اهداره أن لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم اهداره

(قوله) ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى القعدو بقاؤه ببقاء المالبية أصلاً) ان بقي العين (أو بدلاً) ان هلك (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالبية بالقيمة فظاهر وهذا (٢٨٧) كما ترى ترجيح لجانب المالبية على

وقوله (و بقاء العقد) جواب عن قوله ما لو قتل العبد المبيع

(قوله لان الآدمية أصل لقيام المالية بهما وفي اهدار الأصل اهدار التابع) أقول منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الأصل دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار قليل القيمة وقوله (بائر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لما يقتضيه لاكثر النسخ واعتراض بان اترابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي (٢٨٨) ان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة

ما يبلغوا اوجب بان المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ارجح لان فيه تكرار المقدار وهو ما لا يمتد الى البهائم وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تلبغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا بالرأى ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لا يزداد على خمسة آلاف الاخسة) أي لا يزداد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المبالغة لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا أن محمد ارجحه الله قال في بعض الروايات القول به هذا يؤدى الى انه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى انه قال فهذا قال لا يزداد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الاخسة وقوله (لان القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موضع

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الاكسية الا أنه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمة ارباخة كغيره بمقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد اطهار الانحطاط ورتبه وتعيين العشرة بائر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف الاخسة) لان البدن الاكسي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اطهار الانحطاط فيتم وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدور من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قرناه وان غصب أمة قيمتها عشرة وثمانون ألفا في يده فعليه تمام قيمتها المائتين (ومن قطع يد عبد فاعنقه المولى ثمان من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه ولا اقصاص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى التقاطع أرض اليد وما نقصه ذلك الى أن يعتق ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباهه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الاكسية الا أنه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمة ارباخة) أقول فيه اشكال اذ قد تقر في علم الأصول وشاع في علم الفروع أيضا أن الرأى والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأى من غير سماع وأيضا ان العبد لا يتفاوتون في نفس الاكسية لاجل هذه الايتفاوتون في شئ من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الاكسية كالتكليف بالايحسان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما مر جوابه فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الاكسية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمتها عشرة وثمانون ألفا في يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبد قيمته عشرة وثمانون ألفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كالايتخفي ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكرهنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذوق ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فراقب مسئلة قتل العبد خطا وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمة بالغة ما بلغت بالاجماع وجه الدليل بينك المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباهه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

وتعيين العشرة بائر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما) وفي عامة الكتب بائر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وتنقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروي عن رسول الله عليه السلام لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي (قوله وفي يد العبد نصف) قيمة لا يزداد على خمسة آلاف الاخسة) هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية وفي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب الا في رواية عن محمد رحمه الله انه يجب في قطع يد خمسة آلاف الاخسة وهذا لان العبد في حكم الجنانية على اطرافه بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا تعمله العاقلة الا ان محمد رحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كالمقطع يد

العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية (اذ هو) أى القيمة (بدل الدم على ما قرناه) اشارة الى قوله ولا ي حنيفة يكون ومحمد رحمه الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعنقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا نحر المذهب وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباهه من له الحق) يعني المستوفى وجهاته تمنع القصاص

(قوله ولا بالكفارة) هذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أي قبل إذا كان له ورثة غير المولى وقيل أي في وجوده على وجه يستوفي لأصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء فإذا كانت المقصود سقط اعتبار وقيل أي في تعذر الاستيفاء وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقيق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا يزال الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مستتب لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا يزال له لان (٢٨٩) الملك في الحالين مختلف فان الملك للمولى

وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لا تحي) فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لملك له في رقبته والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة كانت لاي بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقدرضى الموصى له بالخدمة بقوات حقه فيستوفيه الاخر لزال الاشتباه وقوله (على اعتبار احدي الحالين) وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله (فهما يحتاط فيه) يعنى في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحتار بينهما هذا عن قال لاخر لعل على ألف من فرض فقال المقر له لابل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقسع البذل

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة لتحقيق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا يزال الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لا تحي) فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لملك له في رقبته والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة كانت لاي بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقدرضى الموصى له بالخدمة بقوات حقه فيستوفيه الاخر لزال الاشتباه وقوله (على اعتبار احدي الحالين) وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله (فهما يحتاط فيه) يعنى في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحتار بينهما هذا عن قال لاخر لعل على ألف من فرض فقال المقر له لابل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقسع البذل

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة لتحقيق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا يزال الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لا تحي) فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لملك له في رقبته والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة كانت لاي بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقدرضى الموصى له بالخدمة بقوات حقه فيستوفيه الاخر لزال الاشتباه وقوله (على اعتبار احدي الحالين) وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله (فهما يحتاط فيه) يعنى في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحتار بينهما هذا عن قال لاخر لعل على ألف من فرض فقال المقر له لابل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقسع البذل

عبد والعبد يساوى ثلاثين الفا من خمسة عشر ألفا (قوله وفيه الكلام) أي في وجوده على وجه يستوفي ولا كلام في أصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الاستيفاء فاذا كان المطلوب منه سقط اعتباره (قوله لان الملكين في الحالين) الملك للمولى وقت الموت دون الجرح وعند الاجتماع لا يثبت الملك على الدوام في الحالين لكل واحد منهما (قوله لانه الملك) أي سبب الولاية الملك على اعتبار احدي الحالين أي حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار الحالة الاخرى وهي حالة الموت بعد العتق (قوله فهما يحتاط فيه) أي فيما لا يثبت بالشبهات

(٣٧ - تكمله الفقه والكفاية - تاسع) والابا حقه فلا يباي باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه انكار فان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والغروج قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هي كذلك لأرى أنها انشبت بشهادة رجل وامرأتين على ما صرح تفصيله ولعل الشبهة انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثاني دون الاول فتأمل

فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما ثبت بالشبهات أو يفسر بالذي لا يجري فيه البذل وهو راجع الى الاول وموله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا ترى أن من جرح عبدا ناسا ثم اعتقه مولا ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه (٢٩٠) القصاص ولا القيمة وإنما يضمن النقصان فان كان خطأ فلا تفاق وان كان عبدا

فعد محمدرجه الله لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وانقطعاهما يبقى الجرح بالسراية والسراية بلا قطع فممتنع القصاص كانه تلف باقية سماوية فان قيل ينبغي أن يجب أورش البذل للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجب بأنه لا يجب نظر الى حقيقة الجنابة وهو القتل لانه اذا سرى تبين أن الجنابة قتل لا قطع (ولهما أنا تبعنا) ثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه (لان المقضى له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول) يعني ماذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لان المقضى له مجهول) لاننا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى فى الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى فى العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختص وهو فى

قال لا تحرب عني هذه الجارية بكذا فقال المولى نزوها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بالسراية والسراية بلا قطع فممتنع القصاص كانه تلف باقية سماوية فان قيل ينبغي أن يجب أورش البذل للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجب بأنه لا يجب نظر الى حقيقة الجنابة وهو القتل لانه اذا سرى تبين أن الجنابة قتل لا قطع (ولهما أنا تبعنا) ثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه (لان المقضى له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول) يعني ماذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لان المقضى له مجهول) لاننا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى فى الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى فى العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختص وهو فى

هذا عن قال لا تحرك على ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البذل والاباحة فلا يبالى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظرا لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر ساقط جدا لان الاموال انما يثبت بالشبهات ألا ترى الى ما سرحو به فى كتاب الشهادة من أن فى شهادة النساء شبهة البدلية لقيام مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى أن يفسر بما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه أقول فيه خلل أما أولا فلان المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما ثانيا فلان حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعنا لم يجب الحد بالوطء بشبهة المالك أو بشبهة الحل لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرفت فى كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثانى بلان تحمل قوله ثم ان بعض الفضلاء قال فى نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظه مانافية أقول نسخ العناية التى رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظه مانافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بان يقال الاموال أيضا لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فى معنى الاحتراز عن ما يفسر بما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشترك الا لزام تأمل تفهم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بالسراية والسراية بلا قطع فممتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحدرجه الله تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص

احترز به هذا عن قال لا تحرك على ألف درهم من قرض فقال المقر له لابل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال ويجرى البذل والاباحة فيها ولا يبالى باختلاف السبب (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية) حتى ان من جرح عبدا ناسا ثم اعتقه مولا ثم مات من تلك الجراحة تنقطع السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة وإنما يضمن النقصان بالاتفاق وفى العمد يمتنع القصاص عند محمدرجه الله لان الجرح بالسراية والسراية بلا قطع لا يوجب القصاص فى النفس (قوله ولهما أنا تبعنا بثبوت الولاية) أى ثبوت ولاية استيفاء القصاص فى العمد للمولى (قوله لان المقضى له مجهول) لاننا لو اعتبرنا حالة الجرح فالمقضى له المولى ولو اعتبرنا حالة الموت فالمقضى له الورثة (قوله ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى فى الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك فى العمد واختلاف السبب هو انما لو اعتبرنا حالة الجرح كان

الحالين لو احدث هو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى المستشهد به بقوله كما اذا قال لا تحرب عني هذه الجارية الخ فان اختلف السبب فيها اختلف (لان ملك اليمين يغاير ملك الشكاح حكما) لان ملك الشكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبت به ولو أثبت لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

(قوله فانه استشهد بعده بحل الوطء) أقول أى بعدم حل الوطء المضاف منه (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول لفظه مانافية

وقوله (والاعتناق لا يقطع السرية) جواب عن قوله ولأن الاعتناق قاطع السرية ومعناه الاعتناق قاطع للسرية في صورة الخطأ دون العمد وذلك لأنه لا يقطع السرية (لذاته بل لاشتباهه من له الحق وذلك في الخطأ لأن العبد لا يصلح مالاً للحر فكيف يكون له الحق في الجرح المولى لكونه قبل العتق) وعلى اعتبار حاله الموت يكون للميت حرية فتقضى منه دينه وتغذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستزيفه بطريق الخلافة عنه إذا فرض أنه (لا وارث سواء فلا اشتباه فحين له الحق) والحاصل من هذا كله أن صور من قطع يد عبده غير فاعقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لأنه أمان قطع يد أو خطأ فإن كان الأول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فإن كان يقطع الاعتناق السرية بالاتفاق فلا يجيب القصاص لجهالة المقتضى له والمقتضى به وإن لم يكن لا يقطعها

بخلاف تلك المسئلة لأن ملك الميراث يغاير ملك النكاح حكم والاعتناق لا يقطع السرية لذاته بل لاشتباهه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالاً للحر فعلى اعتبار حاله الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حاله الموت يكون للميت حرية فيقتضى منه دينه وتغذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه إذا وارث له سواء فلا اشتباه فحين له الحق وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش البتد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الاعتناق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه

ألا يرى أن من جرح عبداً إنساناً ثم أعتقه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وإنما يضمن النقصان فإن كان خطأ فبالاتفاق وإن كان عمداً فعند محمد رحمه الله تعالى لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما ما بان قطعهما يبيح الجرح بالسرية والسرية بلا قطع فيمنع القصاص كأنه تلف بأشياء مما يؤوله كذا في العناية وكثير من الشرع وقال في العناية بعد ذلك فإن ينبغي أن يجب أرش البتد للمولى لكونه جرحاً بالسرية أوجب به لا يجب نظر إلى حقيقة الجنابة وهو القتل لأنه إذا جرى تبين له أن الجنابة قتل لا قطع أه أقول في نفسه بحث وهو أنه أن أراد بقوله في السؤال ينبغي أن يجب أرش البتد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو ظاهر من قوله أرش البتد دون أن يقول أرش الجرح فلا ريب في السؤال المذكور أصلاً لا يجب أرش البتد للمولى عند محمد في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش البتد للمولى وإن أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسئلة التي ذكرناها هنا على سبيل التنوير وهي أن من جرح عبداً إنساناً ثم أعتقه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة فلا سؤال المذكور وورد ولكن الجواب عنه بما ذكره من موضوع مسئلة الكتاب فإنه يجري فيها أيضاً مع أنه يجب فيها أرش البتد عند محمد كما تحققت تدر (قوله وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالاً للحر فعلى اعتبار حاله الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حاله الموت يكون للميت حرية فجاء الاشتباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لأن الحق على اعتبار حاله الموت وإن كان للميت إلا أنه لا يتقرر عليه بل ينقل إلى المولى بالورثة فكان من له الحق في المال على كذا الخالتين هو المولى فلا اشتباه ألا يرى إلى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه إذا وارث سواء فلا اشتباه فحين له الحق وإن ادعى أن اختلاف من له الحق ابتداء كافي في تحقق الاشتباه المقتضى لقطع الاعتناق السرية واتحاده بالنظر إلى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك نتيجة الاشكال على صورة العمد فإن حق القصاص في هاتيك الصورة العمد على اعتبار حاله الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به والمولى على اعتبار حاله الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أن حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل إليه بطريق الورثة كفى في الدية لأن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا

السبب هو المال ولو اعتبر حاله الموت كان السبب هو الولاء ولا اعتبار له لأن المقصود وهو الحكم الذي هو استيفاء القصاص - تحدد (قوله بخلاف تلك المسئلة) أي مسئلة الجارية (قوله لأن ملك الميراث يغاير ملك النكاح حكماً) وذلك لأن النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبت له ولو أثبت لا يثبت مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب فإذا لم يثبت الحل وقال شيخ الإسلام رحمه الله إذا قال لك على ألف من قرض فقال المقر له لا بل من قرض مبيع فإنه يرضى بالمال لا بالنكاح القرض والبيع لا نكاح كل منهما ما ادعاه صاحب - على الاستحواذ بقى الإقرار بطلاق المال وذلك كاف لاستحقاق المال ويكون بذلك المقر والبذل يجري في المال كفي القضاء بالنكاح بخلاف مسئلة الجارية فإن حل الوطء مما لا يثبت بالرأى (قوله) وعند محمد ما الجواب في الفصل الأول) وهو ما إذا كان له وارث غير المولى كالجواب عند محمد رحمه الله في

عندهما خلافاً للمدرسة ما لله وان كان الثاني فلا عتق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والساقى ظاهر قال (ومن قال لعبيده أحد كما حرّم شجاً) إذا قال لعبيده أحد كما حرّم شجاً فوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك الميهم بالتعيين في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارش معيناً وان كان ظاهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور وفي الموت والقتل فإنه إذا قال أحد كما حرّم شجاً أحدهما أو قتل تعين العتق لا آخر (فأرسلهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف العين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرسلهما للمالك (ولو قتلها مارجل تجب دية حر وقيمة عبد) لاقية عبيدين ولادية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق الميهم في أحدهما انشاء من وجهه اظهر من وجهه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجهه حتى يشترط (٢٩٢) صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما أفين العتق فيه لا يصح واظهار من وجهه

ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الأول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبيده أحد كما حرّم شجاً فوقع العتق على أحدهما فأرسلهما للمولى) لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف العين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها مارجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان انشاء من وجهه واظهار من وجهه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبر انشاء اظهرهما محضاً وأحدهما حريتين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما مارجل حيث تجب قيمة المملوكين لان لم يتعين بقتل كل واحد منهما حرًا وكل منهما ينكر ذلك

يتصور والفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل المال في الاموال كما إذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بدمونه على ما تقرركه في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنائيات فيلزم اشتباهه من له الحق ابتداء في صورة العمد بضاع على أصل أبي حنيفة فخرج الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطأ والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقریب على قوله في مسئلتنا فليتأمل في الدفع (قوله وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول لقائل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر

الفصل الثاني وهو ما إذا لم يكن له وارث (قوله فوقع العتق على أحدهما) أي بين وانما ذكر لفظ الابقاع لان العتق غير نازل في المعين (قوله ولو قتلها مارجل تجب دية حر وقيمة عبد) هذا اذا كان القاتل واحداً وقتلها معاً واستوت قيمتهما اذا كان القاتل اثنين فجبىء بعدد امانا قتلها الواحد على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الاخر لو رثته لان بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق فتبين انه قتله وهو حر واما لو قتلها معاً كان عليه قيمته ودية حر ان استوت القيمتان وان اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبداً وحرًا وقتل الحر يوجب الدية وليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما ولان البيان فأت حين قتلا وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما (قوله بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما مارجل حيث تجب قيمة المملوكين) هذا اذا قتلها معاً ولا يدري أيهما قتل أولاً اما اذا قتلها مارجل ان كان قتلها على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمة الاول للمولاه وعلى القاتل الثاني دية لو رثته لان العتق تعين واما لو قتلا معاً فعلى كل واحد منهما قيمة عبدان كل واحد من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعتق في حق المعين كما أنه غير نازل فكان كل واحد منهما مملوكاً عينا وانما نزل العتق في المنكر ولان يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر وانما يجب على كل واحد منهما قدر المتيقن به وهو القيمة

حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجهه لما جبر عليه اذا المرء لا يجب بر على انشاء العتق والعبد (بعد الشجة) محل للميت فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محله فاعتبر انشاء اظهرهما محضاً وأحدهما حريتين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما مارجل والاصل في هذا أن القاتل اماناً يكون واحداً أو اثنين فان كان واحداً فاما أن قتلها معاً أو متعاقباً فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب دية في حال وقيمتها في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد

منهما ودية حر لانا نتيقن أنه قتل عبداً وحرًا وقتل الحر يوجب الدية وليس أحدهما أولى ولان من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معاً أو متعاقباً فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبدان كل واحد من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعتق في حق العين كما أنه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولان يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فوجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المتوسط ان ذلك للمولى أو لورثته ما قبل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة فان العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فزوج ذلك عليهم نصفين وان لم يدري أيهما قتل أولاً فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول للمولاه وعلى الثاني لو رثته لان العتق تعين فيسوق ظهر ذلك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيه اذا كان قتلها معاً سواء كان القاتل واحداً أو اثنين

وقوله (ولان القياس)
معطوف على أن في قوله
والفسق أن البيان انشاء
ووجهه أن القياس (بابي
ثبوت العتق في المجهول)
لانه لا يفيد فائدة العتق
من أهلية الولاية للقضاء
والشهادة وما هو كذلك فلا
معتبر به في الشرع (وانما
صحناه ضرورة صحة
التصرف وأثبتناه ولاية
التفصيل من المجهول الى
المعلوم) بطريق البيان
بتعيين المبهم في أحدهما
بعينه (فيتقدر بقدر
الضرورة وهي في النفس)
لانها تحصل العتق (دون
الاطراف) لانه ان حلها
حل تبعاً فيق المبدى لمولوكا
في حق الاطراف على أصل
القياس قال (ومن فقاعيني
مملوك) هذه المسئلة تسمى
مسئلة الجثة العبياء
وصورتها ظاهرة ودليل
الشافي رحمه الله كذلك
وقاس على ما اذا قطع يدي
حرأ ومدر وعلى ما اذا قطع
احدى يديه وفقاً لحدى
عنه ونحن نقول ان المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة

ولان القياس يأتى بثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صحناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فيق مملوكا في حقها قال (ومن فقاعيني عبد فان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة وقالان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمه كل القيمة ويسمى الجثة لانه يجعل الضمان مقابلاً بالغائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه أو فقا احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه

انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحد هذه المنعنين بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انهم معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصر عليه أي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصر عليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعاً هذا ما قالوا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافي لما ذكره في تعليل المسئلة المشار في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال ولان فيه أي في العبد معنى الأدمية حتى كان مكافئاً وفيه معنى المالية والأدمية أعلاهما فيجب اعتبارها باها دار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اه فان مدلول ما قاله هناك أن المالية التي هي أدنى من الأدمية مهدرة في حق ذات العبد لانه لا يجمع بينهما وبين الأدمية وانما المعتبرة فيه هي الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعاً عند أئمتنا فينبغي ما ندفع لا ينجي ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي في جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال البدنية بتقويت جنس المنفعة بتقويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائداً ما أولاً فلائنه فسر الذات بجميع البدن وليس يصح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم نصيبك بيدك قالوا بجسد لا روح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس وتلافها بآلة الروح وأما ما نافي فلائنه على سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال البدنية بتقويت جنس المنفعة بتقويت الاطراف وليس بسد يدان ايجاب الشرع كمال البدنية بتقويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف لجواز أن يكون ايجابه اياه للأدمية كما في الحر تدبر وقال ناج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا يعني أن اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يجمعها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال أي في العبد وقال في شرح قوله اسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه يعني أن سقوط اعتبار المالية مقتصر في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الأدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل يقتصر عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسئلة المشار في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان في استغاده من عبارة المصنف ههنا عمل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبي يوسف وكلامه هنا مسوق لاقامة الجثة على الشافعي من قبل أئمتنا جاعلاً ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يعاقب لأصلهم

(قوله ولان القياس) معطوف على قوله والفرق ان البيان انشاء (قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه) أي لان اعتبار المالية في حق الذات قصر عليه ساقط أي لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب

في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانهم أولى باعتبار المالبية فيها لانهم يمسك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بقواتها كفواتها بقوات الذات فكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة السكل) وأداء قيمة السكل يقتضي (تلك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حولانه ليس فيه معنى المالبية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقه (٢٩٤) احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما

واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة السكل فوجب أن يتلك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حولانه ليس فيه معنى المالبية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقه احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما أن معنى المالبية لما كان معتبرا وجب أن يتغير المولى على الوجه الذي قلناه كفى سائر الاموال فان من خرق ثوب غير خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالبية لو كانت معتبرة في الذات فلا دية غير مهدة فيه وفي الاطراف أيضا ألا ترى أن عبد الوقطع يثعبدا آخر بمولى بالدفع أو الغداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتلك الجثة ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتلك الجثة فوفرنا على الشبهين حظه ما من الحكم

جميعا وقد فات ذلك وبالجملة أن كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافي فطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتضي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالبية وان كانت معتبرة في الذات فلا دية غير مهدة فيه وفي الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالبية والآدمية معتبران معاني ذات العبد أي نفسه وأطرافه أيضا عند أبي حنيفة فترحمه الله فوفرنا من المصنف في أول الفصل أن المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هي الآدمية دون المالبية فان مهدة في ذاته عندهما

بل اعتبر في حق الاطراف أيضا (قوله وله ما ان معنى المالبية لما كان معتبرا وجب أن يتغير المولى على الوجه الذي قلناه) أي ان شاء أمسك العبد واخذ ما نفعه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته (قوله ثم من أحكام الاولى) أي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء أي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والطارف الغائت (قوله ولا يتلك الجثة) أي فاقى العينين حين دفع كمال القيمة كما اذا فقأ عين الحر (قوله ومن أحكام الثانية) أي المالبية أن ينقسم ويتلك الجثة كما اذا خرق ثوب غير خرقا فاحشا وضمنه المالك قيمة الثوب فوفرنا على الشبهين حظه ما من الحكم فقلنا بحكم أنه وجب بجناية على الآدمي لا يجب موزعا وبحكم أنه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كل بدل العين مع امساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان ان تزيل الجثة عن ملكك ليكون قولنا بالشبهين وفيما قال الغاء الجانب الآدمية اصلا واعتبار الجانب المالبية لان من حكم المال ان المالك بالخيار ان شاء سلم النفس واخذ كمال القيمة وان شاء أمسكها ورجع بالنقصان كما في تخريق الثوب وفيما قاله الشافعي رحمه الله الغاء الجانب المالبية اصلا واعتبار الجانب الآدمية لا غير والقول الاوسط الاعدل ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لان فيما تحاذى الشبهان كان القول بتوفير الشبهين أولى والله اعلم

فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال (ولهما) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن معنى المالبية لما كان معتبرا وجب أن يتغير المولى على الوجه الذي ذكرناه) وهو قوله وقال ان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كفى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالبية وان كانت معتبرة في الذات فلا دية غير مهدة فيه وفي الاطراف أيضا ألا ترى أن عبد الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الاولى) أي الآدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والغائت من الطرف بل يكون بازاء الغائت لا غير كما في فقهاء عيني الحر (ولا يتلك الجثة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالبية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثتة تلك الجثة كمال في الثوب (وفرنا على الشبهين حظه ما من الحكم) يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الغائت لا غير بالنظر الى المالبية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء الجانب الآدمية حيث جعله كالقالب الحر وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء الجانب المالبية أصلا حيث جعله كحرق عينا فوفرنا على الشبهين حظه ما قلنا ان (قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف) أقول فيه بحث (قوله وفيما قاله الشافعي الغاء الجانب المالكه أصلا حيث جعله كحرق عينا) أقول الشافعي اعتبر المالبية فيما اذا قتل العبد خطا فاباه اعتبر بها الآدمية

* (فصل في جنابة المدربر وأم الولد) * (قوله وهو العبد) أقول الاول وهو الثمن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحق رتبة في اسم المملوك كية وهو المدربر وأم الولد) أقول فيه أن المالك كامل في المدربر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف الممكاتب فإنه على العكس

والجسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شئ من حقه و يضرب الاول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فتقسم الجسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شئ عليه) أى على المولى (٢٩٦) لانه ما لمه أكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شئ وقوله

(فان جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولى الاول بقضاء فلا شئ عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولى الجنابة وهذا عند أبى حنيفة وقال لا شئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولا يى حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولى الجنابة الثانية طوعا وولى الاول ضامن بقضاء حقه فلما فسخ بغير وهذا لان الثانية مقارنة حكمين وجه ولهاذا يشارك ولى الجنابة الاولى ومتأخرة حكمين حيث انه تعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقها جعلت كالمقارنة في حق التضمين لا بطلاله ما تعلق به من حق ولى الثانية

أكل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعنى لما عملنا بشبهه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه واجب أن نعمل بشبهه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ (أقول) فيه نظر اذ للخصم أن يقول قد تحقق العمل بشبهه المقارنة في حق تشريك ولى الجنابة الثانية لولى الجنابة الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولى الجنابة الاولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولى الجنابة الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكمنا بمنزلة المقارنة ففسر كاولى الثانية لولى الاولى كما دل عليه قول المصنف لان الثانية مقارنة حكمين وجه ولهاذا يشارك ولى الجنابة الاولى فاذا وقع العمل بشبهه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهه مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذ اوقع بغير قضاء لانه أبطل ما تعلق به حق التأخر ولم يجعل كالمقارنة اذ اوقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر اهـ وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشئ (أقول) فيه خلل لان العمل بالشبهين أمر واجب مما يمكن على ما عرف في موضعه فلما أمكن العمل به مافى صورة واحدة مما نحن فيه وهو ما اذا وقع المدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل به مالى التوزيع على مجموع الصورتين كما نقله ذلك القائل وانما كان يصح ذلك لو لم يتصور العمل به مافى صورة واحدة بل كان اعتباره موقوف على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه رد عليه أيضا أن يقال يتحقق العمل بالشبهين بان تجعل لثانسة كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولى الثانية لولى الاولى وان تجعل متأخرة فهما من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجنابة فلم يقتض العمل به ما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى

وليه ويقسم هذه الجسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والجسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شئ من حقه و يضرب فيها الاول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فتقسم الجسمائة بينهم على ذلك (قوله ان شاء اتبع المولى) أى بما يخصه من القيمة ثم يرجع المولى على الاول لانه تميز انه استوفى من زيادة على مقدار حقه (قوله لا بطلاله ما تعلق به) دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة فانه اذا كان مقارنا يكون مبطلا حق ولى الجنابة الثانية بالدفع الى الاول

(وان دفع قيمته بغير قضاء فالولى بالخيار) أى فولى الجنابة الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته في ضمن ثم يرجع المولى على الاول لانه تميز انه استوفى من زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولى الجنابة الاولى) وهذا عند أبى حنيفة وجه الله وقال لا شئ على المولى) لانه ليس بجان في الدفع (لانه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضى لورفع اليه فيكون القضاء وغبر القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولا يى حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولى الجنابة الثانية طوعا وأما القابض وهو ولى الجنابة الاولى فيقبض حق ولى الثانية فلما لو رجوع على الجاني جائز فيخبر في الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لان الثانية مقارنة حكمين وجه ولهاذا يشارك ولى

الجنابة الاولى ومتأخرة حكمين حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه ما جعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمين لا بطلاله) أى أبطل المولى (ما تعلق به من حق ولى الجنابة الثانية) وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منعه الرتبة بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنابتين سواء فيجعل كان المدفع كان بعد وجود الجنابتين جميعا وهناك لو دفع الى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للتأخر الخيار فكذلك هنا

علا بالشبهين (واذا أعتق المولى المدبر وقد بنى جنابات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتناق من بعد وعده بمنزلة (وأما الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء دافع من الدفع كالتدبير (واذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شئ عتق أو لم يعتق) لان موجب جنائية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله أعلم

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك)

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فما من ذلك في يد الغاصب لاشئ عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك)

قال في النهاية لما ذكر حكم المدبر في الجنانية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقتضى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وقتور أما أولاً فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كلن ضائعاً على هذا التوجيه وأما ثانياً فلان ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد من قبل الجنانية عليه أو الجنانية فمنه فكان من حكم المدبر في الجنانية فسامعني قوله لما ذكر حكم المدبر في الجنانية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما ثالثاً فلان الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعد له ما بالمدبر بل بالعبد كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجز ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التعريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجنانية شرع في بيان ما يرد عليه وما يرد منه اود ذكر حكم من يلحق به ما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران منها وادرن عليه أيضاً كما ترى وقال في غاية البيان لما ذكر جنابة العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنابتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم حركاه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقرير بأحسن منه تدبر (قوله) والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك

(قوله علا بالشبهين) وهذا لان الجنانية الثانية مقارنة الاولى من وجه متأخرة من وجه على ما ذكر في المتن فجعلت الجنانية الثانية كالمقارنة في التضمن حتى كان للتضمن أيهما شاء لا يبطال ما يتعلق به حقه بالدفع من المولى وبالقضاء من ولي الجنانية وكالمتأخرة في اعتبار قيمة العبد حتى تعتبر قيمة العبد في حق ولي الجنانية الثانية وقت وجودها حقيقة

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك)

(قوله) والفرق أن الغصب قاطع للسراية الى آخره وذكر الامام فاضلخان في الجامع الصغير هذه المسئلة ثم قال علل بعضهم بان الغصب من أسباب الملك الماعرف من مذهبه ان الضمومات تلك عند اداء الضمان فاذا تخلل الغصب بين الجنانية والسراية تنقطع السراية كما تخلل بين ما يبيع واذا انقطعت السراية صار كأنه غصب عبد أو أطمع ومات عنده لامن القاطع وأما اذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مسترداً للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع لا ترى أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يبيع قابضاً بعد الاسترداد لم يوجبه قطع السراية فبما الغاصب عن الضمان ثم قال الآن هذا يخالف مذهبه فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاً لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا نص عليه في آخره من الجامع والباب الثاني من جناباته الا أنه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله

وقوله (علا بالشبهين) يعني لما علمنا بشبه التأخري ضمن الجنانية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنانية الثانية في حقه وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق تضمين اذا دفع بغير قضاء لانه أبطل ما يتعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع علا بشبه المقارنة والتأخري وقوله (واذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح ***(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك)*** لما ذكر حكم المدبر في الجنانية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد أن قطع المولى له يقطع السراية وقبله لا يقطعها ورتق بينهما (بان الغصب سبب الملك)

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنانية في ذلك)

كالبيع فيصير كأنه هلك بأففة سماء به فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفعل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متاعا فيصير مستردا (وكيف لا يكون مستردا) وأنه استولى عليه وهو استردا فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيان بأن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية تمام ذلك البدل على الغاصب بقضاء أو رضلان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذ ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا قال نص عليه في آخره من الجامع الثاني من جناباته الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما (٢٩٨) هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكموا يد المولى باعتبار السراية

ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يد على العبد حقيقة واثبات حكمادون الثابت حقيقة وحكموا لم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظرا لانا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها معدونا لا يسلح معارضا ولا مرجحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مواخذ بافعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤخذ به في رقه وانما يؤخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح (قوله ولم يوجد القاطع) مستردا والحال أنه استولى ألا ترى أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا (قوله لان المحجور عليه مواخذ بافعاله) أي في حال رقه بخلاف أقواله التي توجب المال فانه يؤخذ به بعد الحرية أما اذا أقر

فصار المولى متاعا فيصير مستردا) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لا اختلاف فعلي المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصغاروا الغاصب لايملك الاباء الضمان ضرورة كيد لا يجمع البدل في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحققه لان معنى قولهم يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدر الآن ينسب ذلك الى غير الخاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المار بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافا الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأففة سماء به فيضمن فليتأمل (قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد

فصار المولى متاعا فيصير مستردا) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لا اختلاف فعلي المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصغاروا الغاصب لايملك الاباء الضمان ضرورة كيد لا يجمع البدل في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحققه لان معنى قولهم يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدر الآن ينسب ذلك الى غير الخاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المار بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافا الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأففة سماء به فيضمن فليتأمل (قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد

وقوله (من غير أن يصير مختاراً للفداء) لأن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من (٢٩٩) المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة

اعتناق العبد الجاني من غير علم بجنائه فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فيصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبداً غني في يده فردّه الى المولى بغير جناية فدفعت الى ولي الجنائين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (ويدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع الى ولي الجناية (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني ولرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) أي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كذا لا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد (أقول) فيه نظر لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذته ولي الجناية الثانية والثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فاني يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضاً عما دفعه الى ولي الجناية التي صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهد في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كالإرب فيه وعن هذا ترق محمد بن هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية لتي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطالع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضاً عما أخذته ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ (أقول) هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة إلا أن في تقريره مسأله التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما قاله محمد بن الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام فاطم بن حنيفة قال وجوابه ما قاله فخر الدين فاضل بن ان ما أخذته المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيمابين المولى والغاصب وأما في حق ولي الجناية الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع النجر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدلا عن النجر في حق النصراني وفي حق المسلم بدلا عنه كذا ههنا اهـ (قوله) ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا تزاحم أحد وانما انتقص باعتبار مزاية الثاني الخ) قال في العناية وعارض بان الثانية مقارنه للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمن لا غير والاولى

فعلى المولى قيمته بينهما (ما نصفاً) لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء فيصير بمطابق أولياء الجناية اذ حقه لم يمنع الارقية واحدة فلا يزداد على قيمتها ويكون بين ولي الجنائين نصفين لا متواضعا في الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وكذا لا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا تزاحم أحد وانما انتقص باعتبار مزاية الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغاً باخذ قيمته

لا تصلح معارضا ولا مرجحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما أن يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع وأما سند منعه فليس بنام أيضا اذ لا محذور في ان ثبت على الشيء الواحد بدنان حكمتان بكلهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المأخوذ منه حكما باعتبار مراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلقت الجهتان (قوله) وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد (أقول) فيه نظر لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذته ولي الجناية الثانية والثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فاني يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضاً عما دفعه الى ولي الجناية التي صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهد في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كالإرب فيه وعن هذا ترق محمد بن هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية لتي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطالع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضاً عما أخذته ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ (أقول) هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة إلا أن في تقريره مسأله التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما قاله محمد بن الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام فاطم بن حنيفة قال وجوابه ما قاله فخر الدين فاضل بن ان ما أخذته المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيمابين المولى والغاصب وأما في حق ولي الجناية الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع النجر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدلا عن النجر في حق النصراني وفي حق المسلم بدلا عنه كذا ههنا اهـ (قوله) ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا تزاحم أحد وانما انتقص باعتبار مزاية الثاني الخ) قال في العناية وعارض بان الثانية مقارنه للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمن لا غير والاولى

بحد أو قصاص لزمه في الحال (قوله) من غير أن يصير مختاراً للفداء) لأن الجناية لم تكن موجودة وقت التدبير فصار كما اذا غني العبد ثم أعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فانه يحب عليه القيمة ولا يصير مختاراً للفداء

حين جنى في حقه لا تزاحم أحد وانما انتقص حقه بمزاية الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغاً باخذ تمام حقه

فاذا أخذته منه يرجع المولى بما أخذته على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فبنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمة بينهما نصفان و يرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبد الجنى في يده ثم رده فبنى جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول و يرجع به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فبنى في يده دفعه المولى نصفين و يرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المدين في جميع ما ذكرنا الآن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مدبراً فبنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه من رقبته واحدة بالندب فيجب عليه قيمة واحدة ثم (يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب (فيدفع نصفهما الى الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المزامنة من بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه

متقدمة حقيقة وقد اعتقدت موجبة لكل القيمة من غير مراحم وأمكن توفير موجبها فلا يمنع بلامانع اه (أقول) في الجواب بحث لانا انسلم أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمنين لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما أرشد اليه قول المصنف في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكماً ونحوه ولهذا أشار لولي الجناية الثانية الاولى اه فاذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركة ولي الجناية الثانية أيضاً كان ولي الجناية الثانية مراحماً لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مراحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة تدون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيان من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فلتامل في الجواب الشافى (قوله ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول) أقول اقابل أن يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق بأصاب نصف القيمة لابلها كما هو اظهر

فكذلك ههنا (قوله فاذا وجد شيئاً) أي ولي الجناية الاولى اذا وجد شيئاً فاراع من مراحمة ولي الجناية الثانية من بدل العبد يأخذه وأما ما قاله محمد رحمه الله من الجمع بين البدل والمبدل فلهنا نعم كذلك في حق المولى والغاصب لان ما أخذ المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي الجناية الاولى وأما في حق الجنى عليه هو عوض ما لم يسلم لولي الجناية الاولى فالاعتباران بسبب رده وهو الجنى عليه وثلثه جائر كالذي اذا باع خيراً وقضى به دين المسلم يجوز للمسلم أخذه لان تلك الدراهم ممن الخرف في حق الدين وعوض عن الدين في حق المسلم فلذلك حل له أخذها فعلم بهذا ان الشيء الواحد يجوز أن يكون بدلاً عن عين في حق انسان ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره (قوله غير أن استحقاق النصف) ذكر هذا البيان الفرق فانه يدفع هذا النصف الذي أخذه من الغاصب الى ولي الجناية الاولى بالاتفاق وكان لا بد من دفعه اليه عند محمد رحمه الله في المسئلة الاولى لادائه الى الجمع بين البدل والمبدل وأما هل يدفع الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل لانهما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما أخذ المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي الجناية الثانية لان الموجود عند الغاصب الجناية الثانية دون الاولى فلودفع ذلك الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل في دفعه لان حق ولي الجناية الاولى كان في كل قيمة المدبر لان المدبر كان فارغاً وقت الجناية الاولى عن مراحمة الثانية

واذا أخذته منه يرجع المولى بما أخذته على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمنين لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما أرشد اليه قول المصنف في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكماً ونحوه ولهذا أشار لولي الجناية الثانية الاولى اه فاذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركة ولي الجناية الثانية أيضاً كان ولي الجناية الثانية مراحماً لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مراحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة تدون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيان من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فلتامل في الجواب الشافى (قوله ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول) أقول اقابل أن يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق بأصاب نصف القيمة لابلها كما هو اظهر عند المولى كان ما أخذ المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي الجناية الاولى وأما ما قاله محمد رحمه الله من الجمع بين البدل والمبدل فلهنا نعم كذلك في حق المولى والغاصب لان ما أخذ المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي الجناية الاولى وأما في حق الجنى عليه هو عوض ما لم يسلم لولي الجناية الاولى فالاعتباران بسبب رده وهو الجنى عليه وثلثه جائر كالذي اذا باع خيراً وقضى به دين المسلم يجوز للمسلم أخذه لان تلك الدراهم ممن الخرف في حق الدين وعوض عن الدين في حق المسلم فلذلك حل له أخذها فعلم بهذا ان الشيء الواحد يجوز أن يكون بدلاً عن عين في حق انسان ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره (قوله غير أن استحقاق النصف) ذكر هذا البيان الفرق فانه يدفع هذا النصف الذي أخذه من الغاصب الى ولي الجناية الاولى بالاتفاق وكان لا بد من دفعه اليه عند محمد رحمه الله في المسئلة الاولى لادائه الى الجمع بين البدل والمبدل وأما هل يدفع الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل لانهما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما أخذ المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي الجناية الثانية لان الموجود عند الغاصب الجناية الثانية دون الاولى فلودفع ذلك الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل في دفعه لان حق ولي الجناية الاولى كان في كل قيمة المدبر لان المدبر كان فارغاً وقت الجناية الاولى عن مراحمة الثانية

وقوله (ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف) يعني قال بعض المشايخ رحمهم الله في هذه المسئلة خلاف محمد رحمه الله أيضا كما في المسئلة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الأولى ما بقي (٣٠١) من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي

الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لأن محمد رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا أقره غير الاسلام رحمه الله وغيره في شرح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين هاتين المسئلتين وقيل ذكره في الكتاب لكن قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقه أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غضب صبيحرا) أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطرين المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غير وقوعه في صحته وكلامه ظاهر خلا أنه رد على وجه الاستحسان ما إذا غضب مكاتباً ونقله إلى هذه الأماكن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسيب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في بدنه نفسه وإن كان صغيراً فإنه ليس لأحد ولاية

ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالأولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الأولى الذي رجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك فلودفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال (ومن غضب صبيحرا) إثبات في يد الخاة أو بحمي فليس عليه شيء وإن مات من صاعقة أو غشوة فحياة فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لأن الغصب في الحر لا يتحقق إلا ترى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر إذا كان الصغير حراً فبقيته يداً أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسيباً لأنه نقله إلى أرض مسبعة وإلى مكان الصواعق وهذا الاتلاف الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعد فيه وقد أزال حفظ الولي

من قوله لأنه لاحق له الأفي النصف ينبغي أن لا تكون التي وجبت على المولى بين ولي الجنيتين نصفين كالمذكور في وضع المسئلة بل ينبغي أن يكون بينهما أثلاثاً لثلاث لولي الجناية الأولى ولثلاثة لولي الجناية الثانية لأن حق ولي الجناية الأولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال لأنه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الأولى فينبغي أن يتضار بأفي القيمة بقدر حقه ما فيها إذ قد مر في الفصل السابق أن جنابات المدبر إذا توالى لا توجب الأقيمة واحدة لأنه لا يمنع من المولى الأفي رقبة واحدة وأولياء الجنابات يتضاربون بالحصص فيها وإن كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق أيضاً بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزامه فيكون حقه الباقي له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الأفي النصف ينبغي أن يدفع المولى ما رجع به على الغاصب ثانياً إلى ولي الجناية الثانية لأن حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الأولى إلا أنه سقط نصفها بالتزامه فلما اندفع التزامه بوصول حق ولي الجناية الأولى إليه بتمامه كان ينبغي أن يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزامه إليه كحق ولي الجناية الأولى ثم أقول يمكن أن يجاب بان يختار الشق الثاني ويقال في الفرق بين ولي الجنيتين أن حق الأول يتعلق بكل القيمة ثم ينقص نصفها بتزامه الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكسبة وحق الثاني أيضاً يتعلق بكسبه ولكن يسقط نصفها بالكسبة بتزامه الأول وذلك لأنه لاحق لغير الأول عند وجود الجناية الأولى فانهقلت سبباً موجباً لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه إنما كان يعارض حدوث المراجعة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فانها وجدت والمزامم مقارن فلم تنعقد سبباً موجباً لاستحقاق الرائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام (قوله فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) قال صاحب العناية فيه نظر فإن الجناية

(قوله ثم وضع المسئلة في العبد) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (قوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف) أي الدفع إلى ولي الجناية الأولى وقيل على الاتفاق وقوله أما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية يعني به ما يدفعه إلى ولي الجناية الأولى من النصف الذي رجع به على الغاصب يمكن أن يجعل عوضاً عما سلم لولي الجناية الثانية وما بقي في يده من ذلك عوضاً عما سلم لولي الجناية الأولى فلا يلزم اجتماع البذل والمبدل في ملك واحد (قوله ومن غضب صبيحرا) يريد به صبيحاً لا يعبر عن نفسه لأنه إذا كان يعبر عن نفسه يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكماً وهذا قد صار في يده فلا يعارضه بسد ولسانه كذا في الأسرار (قوله وقد أزال حفظ الولي) إشارة إلى الجواب عن المكاتب الصغير فإن الكتابة إذا صحت تثبت

(قوله قيل وهذا هو الصحيح) أقوله القائل هو الاتفاق (قوله فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فإنه لما أخذ ولي الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الجناية الثانية لوجده أنه شياً فإرغاماً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانياً على الغاصب لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الجناية الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

تزوج به فكان للحزب الكبير والحزب الصغير في بنفسه فكذلك المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحزب الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعدى فاصابه شيء من ذلك أجيب بان حكمه أن ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرر عنه ضمن لان الغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن (٣٠٢) لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان

فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالخفر في الطريق بخلاف الموت لحياة أو بحكم لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحي والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقل لكونه قنلا تسبيما قال (واذا أودع مبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان كان أودع طعاما فاكله لا يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا أودع العبد المحجور وعليه ما لا فاسد فيها لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاغارة في العبد والصبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير مبي قد عتق وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في مبي ابن انتى عشرة سنة وهذا يدل على أن غير اناقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر ولو سلم انه ألتف ما لا تقوم معصوما حقا لمالكه فبب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا ألتفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولا يبي حنيفة ومحمد انه ألتله مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا ألتفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت بحاله وقد فوضها على نفسه حيث وضع المال في يد مائة فلا يبي مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه الثانية وان حصلت في الغاصب لكن أخذ المولى منه حقا أول مرة ولم يبق لوليهما استحقاق حتى يجعل

للمكاتب يد فيكون في بنفسه صغيرا كان أو كبيرا بخلاف الصغير الحرفانه في يد المولى ألا ترى أن المكاتب الصغير لا تزوجه أحد والصغير الحر يزوجه وليه فعرنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير وفيه لا يضمن فكذلك هنا وما حكم الحر الكبير فانه اذا غصب انسان ونقله الى مكان فاصابه شيء من هذه العوارض ينظر ان قيده الغاصب حتى أصابه ولم يمكن التحرر عنه يضمن لان الغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالماتى اذا علم بالبر ومشي كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف كالماتى على البئر اذا لم يعلم بالبئر كذا ذكره الامام المجهوب في رحمه الله (قوله اذا أودع صبي عبدا الى آخره) وذ كرفي شرح الطحاوي ومن أودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكن قبل الوديعة بامر وليه يضمن بالاجماع وان قبل الوديعة بغير اذنه يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكن قبل الوديعة بامر وليه يضمن بالاجماع وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه نفي الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غيره من شروح الجامع

الحكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال واذا أودع مبي عبدا فقتله (كلامه ظاهر وذ كرفي شرح الطحاوي ومن أودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكن قبل الوديعة بامر وليه يضمن بالاجماع وان قبل الوديعة بغير اذنه يضمن بالاجماع وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه نفي الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غيره من شروح الجامع

الصغير لصدر الاسلام وقاضيان والتمر ناشى فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا وقوله (وكما اذا ألتفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعنى أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره أيضا لان المال الذى سلب على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من ألتفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال ليسه وقوله (في يد مائة) أى من الايداع والاغارة يعنى (قوله ولو كان التسليط) أقول أى ثبت

ان المودع وضع المال في يد مائة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه اوقع ماله في يد من يدع عنه عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهة وفي قوله (لانه لا ولاية له على الصبي) نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والا لانسداد باب الوديعه ويمكن أن يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطه على الاتلاف ضمن الاب مال (٣٠٣) الوديعه بتسليمه ابنته الصغير لحفظها

لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكله قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اما ولاية المقيم على من اقامه مقامه كقاي هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كقاي سائر صور الوداع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله (لان عصمة لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك أن يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط وفي الايضاح وهذا بخلاف قتل العبد لانا انما نعتبر فعله تمكينه اذا كان هو متمكنا من ذلك الفعل بملكه والمالك غير متمكن من القتل بملكه فلم يعتبر تمكينه فاما في غيره فهو متمكن من الاتلاف بالملك شرعا وانما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفاهة لانه غير ملوك له وفي الاسرار فان قيل هذا الجواب يبطل بما لو كانت شاة فنقها الصبي أو العبد فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان ملك هذا بحكم ملكه قلنا انما يملك بحكم ملكه التصرف في حياته فانه يذبحها ولكن لا يملك الخلق لانه تضييع للمال لانه اتلاف كالموت فلو لم يصح في مسئلة العبد لا يملك حياته ولا التصرف فيها لا يحكم أنه تضييع ولكن بحكم أنه اجنبي عنه ألا ترى انه لو أقر عليه بالقصاص لا يصح (قوله وبخلاف ما اذا أتلغه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره) أي المالك بالايديع عند الصبي انما سقطت عصمة ماله عن الصبي لانه غير ماله معصوم في حق غيره كما كان لان التسليط انما وجد في حق الصبي لافي حق غيره فصار مال الوديعه ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص في حقه فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ومعصوم الدم في حق غيره كما كان فان قيل لو كان الايداع من الصبي تسليطه على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعه بتسليمه الى ابنته الصغير لحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن ههنا فناءه لانه ليس بتسليط على الاتلاف وكذا الاب اذا دفع الصبي اليه لا يضمن الاتلاف في يده ولو كان تضييعا لذلك بالتسليط يضمن قلنا انما يضمن الاب فيهما لان يضمن في عيال المودع اذا كان أهلا

في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمادون له لان له اولاية على نفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعه عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبيع على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا أتلغه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال (وان استهلك ما لا يضمن) يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بهم في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذناه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله فان الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجنابة الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجنابة الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فيقضي نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي كان حقا للمولى الجنابة الثانية

لا ولاية له عليه فان الأصل ان كل يد مائة على معنى انها تمنع بدغيرها عليه الا اذا قام بده مقام يده وههنا لم يقيم بده مقام يده لعدم الولاية عليه فكان التضييع من جهته (قوله وبخلاف البالغ والمادون له) يعني لو أتلغا يضمنان بالاتلاف لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح الايداع عندهما بعد صحة الايداع لو أتلغ المودع الوديعه يضمن وبخلاف ما اذا كانت الوديعه عبدا حيث يضمن الصبي المودع (قوله لان عصمة لحقه) أي لحق العبد باعتبار أن المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك أن يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط وفي الايضاح وهذا بخلاف قتل العبد لانا انما نعتبر فعله تمكينه اذا كان هو متمكنا من ذلك الفعل بملكه والمالك غير متمكن من القتل بملكه فلم يعتبر تمكينه فاما في غيره فهو متمكن من الاتلاف بالملك شرعا وانما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفاهة لانه غير ملوك له وفي الاسرار فان قيل هذا الجواب يبطل بما لو كانت شاة فنقها الصبي أو العبد فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان ملك هذا بحكم ملكه قلنا انما يملك بحكم ملكه التصرف في حياته فانه يذبحها ولكن لا يملك الخلق لانه تضييع للمال لانه اتلاف كالموت فلو لم يصح في مسئلة العبد لا يملك حياته ولا التصرف فيها لا يحكم أنه تضييع ولكن بحكم أنه اجنبي عنه ألا ترى انه لو أقر عليه بالقصاص لا يصح (قوله وبخلاف ما اذا أتلغه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره) أي المالك بالايديع عند الصبي انما سقطت عصمة ماله عن الصبي لانه غير ماله معصوم في حق غيره كما كان لان التسليط انما وجد في حق الصبي لافي حق غيره فصار مال الوديعه ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص في حقه فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ومعصوم الدم في حق غيره كما كان فان قيل لو كان الايداع من الصبي تسليطه على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعه بتسليمه الى ابنته الصغير لحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن ههنا فناءه لانه ليس بتسليط على الاتلاف وكذا الاب اذا دفع الصبي اليه لا يضمن الاتلاف في يده ولو كان تضييعا لذلك بالتسليط يضمن قلنا انما يضمن الاب فيهما لان يضمن في عيال المودع اذا كان أهلا

أجنبيا والشاة ليست كذلك وان لم يملك خنزرها من حيث انه تضييع فكان كالنسيب وقوله (لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالايديع عند الصبي انما سقطت عصمة ماله عن الصبي لانه غير ماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

(قوله فيه نظر لان اقامة غيره مقام نفسه الح) أقول في تمشية النظر تأمل

(باب القسامة)

قال (واذا وجد القاتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف خسون رجلا منهم يخبرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعي إذا كان هذا اللوث استخلف الأولياء خسين عينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك يقضى بالعود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه

ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق الا الضلال

(باب القسامة)

لما كان أمر القاتل بول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديان ثم إن القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في عامة الشروح أخذ من المغرب وقال في معراج النواية القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو أقسم موضع الاقسام انتهى أقول لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدرا أقسم كالا يخفى على من له دراية بعلم الادب وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا كذا في العناية أقول فيه قصور فانه يخرج منه ما إذا وجد القاتل في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجب في الكتاب ولا يقال انه بنى الكلام على ما هو الأكثر وقوعا لان المقام مقام تعريف بمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعا وما نعا كالا

لحفظ الوديعة كيد المودع ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك يحفظ مال غيره بيده فكانت يد الصبي كيد الاب من هذا الوجه ولو هلك الوديعة في يد الاب لم يضمن فكذا إذا كان في يده حكما فان قيل لو استهلك الصبي الوديعة ثم جاء مستحق فاستحقها ضمن الصبي لم يرجع الصبي على الآمر ولو كان الابداع منه تسليطا لرجع بالضم إن عليه كماله قال له اتلف هذا المال فالتف فانه يرجع بالضم إن على الآمر قلنا الابداع منه ليس بامر بالاتلاف وأنه تسليط عرفا فإعادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في العواقب فهو لما مكنته في ذلك مع علمه بحاله صار كالأذن له في الاتلاف وقوله أحفظ شرط باطل لانه خاطب به من لا يحفظ ولا يقدر عليه ولا ولاية له عليه ولا للصبي على نفسه فهو كمن قدم الشعر بين يدي الحمار وقال أحفظ بخلاف مسئلة العمد والامة لما قلنا وقيل الأصح أن معنى التسليط تحويل يده في المال اليه الآن يقول له أحفظه قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في البالغ باطل في حق الصبي لانه التزام بالعقد والصبي ليس من أهله فظهر من هذا أن الابداع منه ليس بامر بالاتلاف بل هو تركه كين منه فهذا القدر لا يستحق الصبي الرجوع على المودع أما إذا أمره بالاتلاف فقد استعمله بالحل عليه ألا ترى أنه لو كان عبدا صار غاصبا بالاستعمال بامر له وإذا صار مستعملا صار ضامنا له السلامة عن عهده ما باشره باستعماله ألا ترى أنه لو قال أعتد لك هذا الطعام فأكله العبد لم يصر هذا المبيع غاصبا بخلاف ما لو استعمله بامر له ومن هذا الفرق هون التسليط حكما لا صريحا بالامر وهو نظير ما لو رأى عبده يتجر فسكت بصير العبد ماذونا له في التجارة ولو ظهر أن العبد كان حرا أو استحقه مستحق لم يرجع الغرماء على مولاه ولمثل له لو قال هذا عبدي أذنت له في التجارة فباعه ثم ظهر أنه كان حرا أو استحقه مستحق يرجع الغرماء على المولى لان الأذن في المبايعت مصرح به ههنا ومسكون عنه في الوجه الأول والله أعلم بالصواب

(باب القسامة)

هي بمعنى الاقسام ثم قيل هي للايمان التي تقسم على أهل المحلة إذا وجد قاتل فيها (قوله بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا على طريق الحكاية عن الجميع وأما عند الحنف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا يحلف

(باب القسامة)

لما كان أمر القاتل في بعض الاحوال بول إلى القسامة ذكرها في آخر الديان في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القاتل فيما ذكرنا وركن الجراء البين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية وجود أثر القتل في الميت وتكميل البين خسون وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلفان أو اوان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطأ وسببها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعية الأحاديث المذكورة على ما سببنا في وقوله (يخبرهم الولي) أي يختار من القوم من يحلفهم وقوله (بالله ما قتلناه) على طريق

(باب القسامة)

(قوله وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية) أقول وذ كونه ويجوز أن يقال

الحكاية عن الجميع وأما
عند الحلف فيحلف كل واحد
منهم بالله ما قتل ولا يحلف
بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر
القتل بنفسه فجترى
على اليمين بالله ما قتلنا
وقوله (وان لم يكن الظاهر
شاهد له فذهب) أي
مذهب الشافعي رحمه الله
(كذهبنا غيره أنه لا يكرر
اليمين) وقوله (ولان اليمين
تجرب على من يشهد له
الظاهر) يعني كما في سائر
الدعاوى فان الظاهر يشهد
للمدعى عليه لان الأصل
براءة فتمت فامضى القسم
فالظاهر يشهد للمدعى عند
قيام اللوث فتكون اليمين
حجة له وبقيت كلامه واضح
أشار إليه بلفظ المقسم وفيه
شيء والأصوب أن يقال
المرأة من أهل القسم في
الجملة ألا يرى اذا وجد قاتل
في قرية لأمرأة فعند أبي
خنفية ومحمد القسمات عليها
كما يجيء في آخر الباب
(قال المصنف وان لم يكن
الظاهر شاهداً الخ) أقول
الظاهر أن يقول وان لم يكن
ثمة لوث فان النكسة اذا
أعيدت مرة تكون عين
الاول لكن المراد من الظاهر
هو اللوث كما لا يخفى

وان لم يكن الظاهر شاهداً فذهبنا غيره أنه لا يكرر اليمين بل يرد على الولي فان حلفوا لادبية
عليهم للشافعي في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء في قسم منكم خسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب
على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه وورد اليمين
يخفى فالاولى أن يزداد عليه قيود ويقال هي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من
مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء منها قاتل به أو لا يعلم من قتله يقول كل
واحد منهم بالله ما قتل ولا علمت له قاتلاً وقال في النهاية وأما تفسيرها شرعاً فإروى أبو يوسف عن أبي حنيفة
أنه قال في القاتل يوجب في المحلة أو دار رجل في المصر ان كان به حادثة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله
بقسم خسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم بالله ما قتل ولا علمت له قاتلاً انتهى أقول فيه سماعة لا تخفى فان
ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسمات لا تفسير القسمات شرعاً فان
التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير
القسمات شرعاً بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسمات شرعاً في أول الباب تعسف خارج عن سنن
الصواب ثم قال في النهاية ترا ما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلًا حراً فلا يدخل في القسمات
المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في المبت الموجد أو أثر القتل وأما لو وجد ميتاً لا أثر به فلا قسمات ولا دية
ومن شرطها أيضاً تكميل اليمين باليمين انتهى وفي غاية البيان أيضاً كذلك أقول في نفسه كلام أما أولاً
فلان شرطها غير منحصر بما ذكر فان منها أيضاً أن لا يعلم قاتله فان علم فلا قسمات فيه ولكن يجب القصاص
أو الدية كما تقدم ومنها أن يكون القاتل من بني آدم فلا قسمات في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها
الدعوى من أولياء القاتل لان القسمات يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار
المدعى عليه لان اليمين وطبقته المنكر ومنها المطالبة بالقسمات لان اليمين حق المدعى وحق الانسان في عند
طلبه كما في سائر الأيمان ومنها أن يكون الموضع الذي وجد فيه القاتل ملكاً لأحد أو في يد أحد فان لم يكن
ملكاً لأحد ولا في يد أحد أصلاً فلا قسمات فيه ولا دية ومنها أن لا يكون القاتل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد
فيه فلا قسمات ولا دية في قن أو مديبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قاتلاً في دار مولاه نص في البدائع على
هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فواجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها
وأما نانيا فإلا اذا وجد قاتل في دار مكاتب فعليه القسمات واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية
نص عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فسامعني جعل كون المقسم حراماً
بالله ما قتلنا لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه فيجوز على لسانه بالله ما قتلنا فان قيل يجوز أنه قتل مع غيره
فيجوز على يمينه بالله ما قتل كما في عكسه قلنا كذلك لانه اذا حلف بالله ما قتل وكان قتل مع غيره كان كاذباً
في يمينه فان الجماعة قتلوا واحداً يكون كل واحد منهم قاتلاً ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في
العمد والسكفارة في الخطأ (قوله وان لم يكن الظاهر شاهداً) أي لم يكن هناك لوث وهو قريته حال وقوع
في القلب صدق المدعى بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدلم أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة
ظاهرة أو شهادة واحد عدل أو جماعة غير عدول ان أهل المحلة قتلوه (قوله فذهبنا مثل مذهبنا) أي في
بداية يمين المدعى عليه غير انه ان لم يكمل أهل المحلة تحسين لا يكرر اليمين عليهم بل يرد على الاولياء كما في النكول
عنده فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعى أو لاد في براءة أهل المحلة باليمين فالحاصل أنه اذا وجد ظاهر
يشهد للمدعى عند الشافعي رحمه الله يحلف المدعى فان حلف انهم قتلوه خطا فله الدية وان حلف انهم قتلوه
عدا فعليه القصاص في قول والدية في قول فان نكل المدعى عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا بر أو لا
شيء عليهم وان نكلوا فعليه القصاص في قول والدية في قول وان لم يكن الظاهر شاهداً للمدعى حلف أهل
المحلة على ما قلنا (قوله فيقسم منكم خسون) أصله ما روى أنه وجد قاتل من المسلمين في قليب من قلب

على المدعى أصله كافي النكول غير أن هذه دلالة فيها نو ع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البيئة على المدعى واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعى عليه
وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القنيل بين
أظهروهم ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال
المبتذل فالولي أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يخبرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمين إلى الولي لأن
اليمين حقها والظاهر أنه يختار من يتم به القتل أو يختار صالح أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة

شروطها اللهم الآن يقال المكاتب حريذوان لم يكن حارقة كما صرحوا به ومضى في الباب السابق فوجد
فيه الحرية في الجلة فإذا اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يتحقق ما فيه وقال في
العناية وشروطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القنيل في الميت وتكميل اليمين بخمين
انتهى أقول فيه شيء من الاختلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط
الذكورة في المقسم مع كونها شرطاً أيضاً أقول في إمكان توجيه ذلك احتمالان أحدهما أنه اكتفى في
إفادة ذلك الشرط أيضاً بتذكير لغنا المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته
وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعاً في أحكام الشرع وثانها أنه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء
على وجوب القسامة على المرأة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب
من أنه لو وجد قنيل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تذكر عليها الإيمان والدية على
عاقبتها وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً فكانت المرأة أهلاً للقسامة في الجلة عندهما (قوله وان لم
يكن الظاهر شاهد له فذهب مشعل مذهبنا) أقول في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما ولا فلان
مذهب الخصم مثل مذهبنا إذا لم يكن هناك لوث أي قرية حال وقوع في القنيل صدق المدعى سواء كان ذلك
اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدم أو من قبل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة الماهرة ونحوها
فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهد له بعد غطف قوله أو ظاهر يشهد
للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فقوله العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ما نأنا
فلان أراد الضمير المفرد في قوله فذهب بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وان قال لوث
عندهما الخ من قبيل الإغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أي منهما وعن هذا جله بعض الشراح على الشافعي
وبعضهم على مالك في المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يتحقق (قوله ولنا قوله عليه السلام البيئة على المدعى
واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعى عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على
المدعى عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعروف بلام الجنس
إذا جعل مبتدأ فهو مقصور وعلى الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والأئمة من قرين وقد أشار إليه
المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعى عندنا لقوله عليه السلام
البيئة على المدعى واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الإيمان على المنكرين وليس وراء الجنس

خير فرفع إلى النبي عليه السلام ففضى باستخلاف خمسين من أهل القليب فلم يرض الاولياء بإيمانهم بسبب
كفرهم فقال لهم رسول الله عليه السلام يقسم منكم خمسون أنهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما علم لنا
قطعا فودى النبي عليه السلام من ماله فأول الحديث حجتنا وتاويل قوله يقسم منكم أي يقسم منكم استغفها
على سبيل الانكار وكأنه عليه السلام رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبوا إيمان اليهود بقولهم لا نرضى
بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر لم يعرفوا كراهية رسول الله عليه السلام بذلك وغبوا عنه بقولهم
كيف نخلف على أمر لم نعين ولم نشاهد (قوله بدأ باليهود بالقسامة) وهم أهل القليب (قوله فالولي أن
لا يستحق به النفس المحترمة) جواب عن أحد قول الشافعي رحمه الله وهو قول مالك رحمه الله أنه يجب

أبلغ القهر فظهر القاتل وفائدة البين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعاون يغيب عن الصالح على العلم
بأبلغ مما يغيب عن الطالع ولو اختاروا أعنى أو محدودا في قذف جازلانه عين وايس بشهادة قال (واذا حلفوا
قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستخاف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام

شيء انتهى لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض منهم
بعضهم أنه يستخلف خسون رجلا من أهل المحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف في ما سيجي وجعل
الطلاق جواب الكتاب دليل عليه وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يقد قوله عليه السلام واليمين على
المدعى عليه صهر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالخديث المذكور فلا يصح التعليل به اللهم إلا أن
يقال يجوز أن يثبت به المدعى ههنا وجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمين
القسمين والقسمتين تنافي الشر كتموت قد أشار المصنف إليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد
اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البيعة على المدعى واليمين على من أنكرك قسم والقسمتين تنافي الشركة
وجعل جنس الاعمان على المنكرين وليس وراء اجنسي شيء انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمين الشركة انما
تقتضى أن لا يحلف المدعى لأن لا يخاف غير المدعى والمدعى عليه كما يمتنع فيه في صورة ان ادعى الولي القتل
على بعض يمين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض به هذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس
الاعمان على المنكرين وليس وراء اجنسي شيء تأمل تقف (قوله وفائدة البين النكول فاذا كانوا لا يباشرون
ويعاون يغيب عن الصالح على العلم بأبلغ مما يغيب عن الطالع) أقول لفائدة ههنا ذكر المقدمة القائلة
وفائدة البين النكول بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف للقضاء
بما ادعا الولي كما سياتي في الكتاب فانما يظهر فائدة البين على الصالح في اظهاره القاتل تحرزا عن البين
الساكنين لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة البين النكول انما هو
في الاموال لا في باب القسامة لان البين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف
النكول في الاموال كما سياتي بيانه في الكتاب فلامعنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد أصلح صاحب السكافي
بقرره هذا المل حيث قال وله أن يختار المشايخ والسلماء منهم لانهم يتحرزون عن البين الساكنين أكثر مما
يتحرزون الفسقة فاذا حلفوا القاتل فبهم أظهره ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه
لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله
ولا يعمل به لكونهم من جنس بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به وسيجي في الكتاب تفصيله في الفائدة
في استخلافهم على العلم وأسألهم أرا أحد من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه
قال فان قيل أية فائدة في الاستخلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فآخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم
يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا من جنس دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا شهادة لاهنهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لحار المغنم ولا لدافع المغرم قبل انما استخلفوا
على العلم اتباعا لسنة لان السنة هكذا وردت لسان وينا من الاخبار فاتبع السنة من غير أن يعقل فيه المعنى
ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل
اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له اذفعه أو اذعه ويسقط الحكم عن غيره فكان

القصاص بيمينه وكذلك على قوله الآخرفانه يقول يستحق بيمينه النفس الا أن القصاص يسقط باعتبار
الشبهة فيصار الى الدية بدلا عن القصاص (قوله يغيب عن الصالح على العلم) لان صالحى أهل المحلة اذا حلفوا
القاتل فبهم أظهره ولم يحلفوا (قوله لانه عين وليس بشهادة) يحتز هذا التعليل عن اللعان لانه شاهد
والاعنى والمحدود في القذف ليسا من أهل الشهادة (قوله فاذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية) أى على
عائلة أهل المحلة وفي المبسوط انما يقضى بالدية على عائلة أهل المحلة في ثلاث سنين لان حالهم ههنا دون حال من

وقوله (لانه عين وليس
بشهادة) يحتز عن اللعان
حيث لا يجري اللعان بينهما
لما أن اللعان شهادة والاعنى
والمحدود في القذف ليسا
من أهل اداة قوله (واذا
حلفوا قضى على أهل المحلة)
أى على عائلة أهل المحلة
(بالدية) في ثلاث سنين
وقوله (تبرئكم اليهود
بأيمانهم) قصته أن عبد
الله بن سهل وعبد الرحمن
ابن سهل وحوصة ومحيصة
خرجوا في التجارة الى خيبر
وتفرقوا لخواجهم فوجدوا
عبد الله بن سهل قتيلا في
قلب من خيبر يشته على
دمه فجاؤا الرسول الله صلى
الله عليه وسلم ليخبروه
فأراد عبد الرحمن وهو أخو
القبيل أن يشكهم فقال
صلى الله عليه وسلم الكبر
الكبر فتكلم أحدكم
حوصة أو محيصة وهو
الاكبر منهما وأخبره بذلك
قال ومن قتله قالوا ومن يقتله
سوى اليهود

في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانهم لان اليقين عهد في الشرع معبر الممدعي عليه لا ملازما يكفي سائر الدعاوى ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسم في حديث ابن سهل وفي حديث يزيد بن أبي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعوا قوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس

الخليف على العلم مغيدوا حائزان أن يقر على عبد غيره فصدقه مولاة فيؤمر بالدفع أو الغداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مغيدوا حائزان أن يكون الخليف على العلم لهذا المعنى في الأصل ثم بقي هذا الحكم وإن لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالمثل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأاً أظهر اليوم لجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمنع أن يكون واحد منهم أمرصنيا أو مجنوناً أو عبداً مجبوراً وبالقتل فلو أقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمته فائسلاً لأنه لو قال علمته فائسلاً وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه وبسطة الحكم عن غيره فكان مغيدوا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر امرئك (قوله ولنا أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسم في حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجر القسم بينهم بالسكينة وانما واده رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسم على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بايمانهم وانما لم يجر القسم بينهم لعدم طلب أولياء القتل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتل بالقسم شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفت في امرأته أن ذكرنا شرط القسم على النقص من قبل نقلا عن البدائع وانما واده رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائته من ابل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البراءة وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعرج البراءة هنا حيث قال لا بعد نقل الحديث انما وادى رسول الله عليه السلام لانه تجوز الجمالة عن أهل الذمة فان قضاء دين الغير له وأهل الذمة من أهل البراءة حتى جاز عندنا صرف الكفار انهم ولا يجوز من مال الزكاة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنيفة كوقع في الصحيحين وأما ما رواه سعيد بن المسيب كوقع في شرح الآثار للطحاوي وقصر على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق وإمامة مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة وإمامة مصنفه ومنهم الواقدي وإمامة في غزو خيبر فيحلف النبي صلى الله عليه وسلم بالقسم والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالاً من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود في القسم وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم وفصله الشراح حيث قال وروى الزهري عن

بأشر القتل خطأ وإذا كانت الدية هناك على عاقلة في ثلاث سنين فهنا أولى (قوله في حديث عبد الله بن سهل) وهو ما روى سهل بن أبي حنيفة أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة وحبيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوادثهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلاً في قلب من قلب خيبر يتشظى دمه فخاوا الى رسول الله عليه السلام ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتل أن يتكلم فقال عليه السلام الكبير الكبير فكلمهم أجمع حويصة أو حبيصة فآخبره بذلك فقال ومن قتلته قال من يقتله سوى اليهود قال تبرئكم اليهود بايمانهم (قوله في حديث ابن سهل وفي حديث يزيد) حديث سهل ما ذكرنا أو ما حديث ابن زياد في ما روى خصيف عن زيد بن أبي مريم أنه قال جاء رجل الى النبي عليه السلام وقال اني وجدت أخي قتيلاً في بني فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلاً فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قال فقال الرجل وليس لي من أخي الا هذا قال نعم ومائته من الابل (قوله وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعوا) روى أن قتيلاً

قال عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود بايمانهم فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال عليه الصلاة والسلام أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعان ولم نشاهد فذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائته من ابل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود بايمانهم على أنه لا دية بعد الحلف والامساك كان ثمرة براءة وادعوا قبيلة

(قال المصنف ولنا أنه جمع بين الدية والقسم في حديث ابن سهل) أقول فيه بحث فانه لم يجر بينهم القسم بالسكينة وانما واده رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا

وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسم مما شرعت لتجب الدية اذ انكوا بل شرعت ليظهر القصاص
بغير زهم من اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل
الموجود منهم طاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كإتي القتل
الخطأ (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعطي الأمر بالدم ولهذا يجمع

سعيد بن المسيب أن القسمات كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل من
الانصار وجد في حب اليهود بخير وذ كرا الحديث الى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية
والقسمات انتهى وكذا أمر إيجاب القسمات والدية معاً على اليهود طاهر على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما
أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل خيبر أن هذا قتل وجد بين أظهرهم فما الذي يخرجهم عنكم فكذبوا
له أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام أمراً فان كنت نبياً
فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى أراي أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا
ولا علمنا له قاتلاً ثم تغرمون الدية قالوا القدر قضيت فينا بالناموس أي بالوحي كذا كرا الحديث في الكافي
والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الاطاعة بسجواب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ
عما وجب له القصاص والقسمات مما شرعت لتجب الدية اذ انكوا بل شرعت ليظهر القصاص بغير زهم من
اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب
عن قول الشافعي ولان اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لكن برده عليه أنه انما يتم فيما اذا ادعى ولي
القتيل القتل العمدة فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقر وبذلك فان حلفوا حصلت البراءة
عنه وأما فيما اذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقر وانه فاذا حلفوا
لا تحصل البراءة عنهم بل تجب الدية عليهم أيضاً عندنا ويمكن أن يقال ولي القتل وان ادعى القتل الخطأ يحلف
أهل المحلة بأنما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً باطلاق القتل عن قيد العمدة والخطأ فيجوز أن وقع القتل منهم عمداً ولم
يعلم الولي بل ظن أنهم قتلوا ترويه بخطأ فلو أقرروا في مثل ذلك بالقتل العمدة تخرجوا عن الايمان الكاذبة بناء
على اطلاق القتل في تخليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعاً فان قلت اذا كانت دعوى
الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح اطلاق القتل عند التخليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غير وفي ذلك
وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمداً أو خطأ استخلف
خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً كما استخلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجي في الكتاب
فتأمل فان حل هذا المجل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفاً في بادي
الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم طاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم) أقول لا وجه
لذلك قوله لا ينكولهم هنا بل الحق أن يترك بدله لا بايمانهم لا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم وأما
موجب نكولهم فأنما ياتي ببيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله
لا ينكولهم بما نحن بصدد ولان الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم طاهر الوجود منسجم طاهر الخ جواب عن
قول الشافعي لا ملزماً كما في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزماً كما في سائر الدعاوى فالدفع له أن
يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم طاهر الا بايمانهم فلم يكن اليمين ملزماً هنا كما في سائر الدعاوى فقوله
لا ينكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم أن يقال بدله لا بايمانهم كالأبني (قوله ومن أبي منهم
اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل عمداً أما اذا ادعاه خطأ فنشكل أهل المحلة

وجدد بين وادعوا وأوجب وكان الى وادعة أقرب ففضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسمات والدية فقال وادعى
بأمر المؤمنين لا ايماناً بدفع عن أموالنا ولا أموالنا بدفع عن ايماننا فقال انما حقتنم دماءكم بايمانكم وانما
أغرمكم الذي يتلو جود القتل بين أظهركم وقوله وكذا الوادعى على البعض بايمانهم سبب كرهه من بعد ان شاء

بينه وبين الديية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين يدل على أصل حقه ولهذا بسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا بسقط ببذل الديية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد والخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل وابيه عمداً أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والديعة عن الباقيين من أهل المحلة ويقال لا ولي ألك بينة فان قال لا يتخلف المدعى عليه في واحدة ووجهه أن القياس ياباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

فانه يقضى بالديعة على عاقلة ولا يجسبون لملغوا انتهى وأما أثر الشراح فلم يقصد أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة إلا أن صاحب النهاية قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الديية ان حلفوا والحبس حتى يملغوا ان أبو الوادى الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالديعة عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكرناه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاه دليله الذي ذكره المصنف ومن دلاله قوله فيما بعده هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس إلى أن يحلف النكول كل موجب النكول في كل واحدة من صورتى دعوى العمد ودعوى الخطأ عن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه الامام قاضيان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يملغوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الاثني في نصائهم وكان صاحب الغاية تنبه له في هذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الديعة على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا وارتأوا ما اذا أوال القسامة فيحبسون حتى يملغوا أو يقرروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها أيضاً على الإطلاق كما ترى ثم أقول التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين احدهما أنهم ان نكوا وحبسوا حتى يملغوا على الإطلاق وهو ظاهر الرواية عن الثمانية والاخرى أنهم ان نكوا لا يجسبون بل يقضى بالديعة على عاقلة في ثلاث سنين بلا تعديد دعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلاً فذكروا عن الحلف حبسوا حتى يملغوا وهكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال لا يجسبون ولكن يقضى بالديعة على عاقلة في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الا قول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي ههنا اشكال وهو أنه قدم في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصاً على غيره لم يحد استخلف بالاجماع ثم ان كل من اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى إطلاق ذلك أن يكون وجوب النكول في القسامة أيضاً هو القضاء بالديعة دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد وان ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى الحلف بخلاف فيه من أبي يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضاً في المحيط والذخيرة أنه روى

الله تعالى وعديبانه ثم في الموضوع الذي وعديبانه فيه قال وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وقيل في بعض النسخ الحكم مذكور مكان قوله سنذكره فيصح قوله وقد ذكرنا لکن لم يثبت عندى صحة هذه الرواية من النسخ المتقدمة

من ههنا وقوله (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب قدوري أشار به الى ما ذكره بقوله واذا وجد القنيل في محلة لا يعلم من قتله استخلف خمسون رجلاً منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والديعة فيما اذا كان الدعوى على بعض بعينه

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فوجب به بالنص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناهما
لاوجبناهما بالقياس وهو ممنوع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة وإن لم تكن استخلفه بينا
واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به
وان كان في العاص فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل أهل المحلة كررت الايمان
عليهم حتى يتم خمسين) لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وفي اليه تسعة وأربعون رجلا
فكرروا اليه على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والخفي رجلا مما الله مثل ذلك ولان
الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الغائبة لثبوتها بالسنة ثم فيه
استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فإراد الولي أن يكرره على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار
ضرورة الا كمال قال (ولا قسامة على صبي ولا مجنون) لانهم ما ليس من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح قال
(ولا امرأ ولا عبد) لانهم ما ليس من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لأثره فلا قسامة
ولادية) لأنه ليس بقتيل اذ القتل في العرف من فانت حيا به بسبب مباشر حتى وهذا ميت حنف أنف
والغرامة تتبع فعمل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر
بسدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به حواجة أو تضارب أو خنق وكذا إذا كان خرج الدم من عينه
أو أذنه لأنه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحية عادة بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج
من هذه الخارج عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن
أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من

وقوله (على اختلاف مضي
في كتاب الدعوى) بين أبي
حنيفة وصاحبه حيث قال
ومن ادعى قصاصا على غيره
فجحد استخلف بالإجماع
الح قال (وان لم يكمل أهل
المحلة خمسين) وفي اليه أي
أي البيمواهل اللغة يقولون
واهاه

(قال المصنف ثم يجب عليهم
القسم) أقول فيه أنه

الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضي بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن يبقى اشكال التناهي بين
ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فامل في الدفع (قوله وفي
الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فوجب
بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لأنه ان أراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن
لا يجدي هنا نعمنا اذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده
والنصوص فيما نحن فيه وارادة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها وهو
ما اذا وجد القتل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم كذا كرفي وجه القياس وان أراد
باطلاقها اطلاقها بحسب المورد أيضا فهو منوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص وود فيما اذا ادعى الولي القتل
على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأ ولا عبد
لانهم ما ليس من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة
تجىء في آخر هذا الباب وهي أنه لو وجد قتل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد علم القسامة يكررها عليها
الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت وسجيء في كتاب المغاقل
ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن لا أكثر
حكم السكك لعظميا لا لأدنى بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة) يعني أن وجوب
القسامة على أهل المحلة وجوب الدية على عاقلتهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن
وأكثر البدن كل حكم وان لم يكن كالأحقة فالخلق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لأمر
الدم وما سواه ليس بكل أصل لا حقيقة ولا كما فبق على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في
غاية البيان أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من

(قوله كررت الايمان عليهم) لان تكرار اليمين مشروع كفي كاهات اللعان

النصف ومعه الرأس أو وجوده أو وجهه أو رأسه فلا شيء عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في
البدن الآن لا أكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي بخلاف الأقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى في
القسامة ولا نالوا اعتباراً به تذكر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه أن
الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي
لا تجرى فيه القسامة تجب

نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محله فعلى أهله القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب
القسامة والدية على أهل المحلة فيها اذا وجد بدن القاتل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما اذا
وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه
النص ولا ملحقاً به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء
على شرف الرأس وكونه أصلاً كما صرحوا به فيصير قول المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي
شاملاً هو الا أكثر حقيقة أو حكمياً فتم التقريب بهم هذا التناول ثم بقي شيء آخر وهو أن قول المصنف بخلاف
الأقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة فاصرحن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان
وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجوده أو وجهه أو رأسه فلا شيء
عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا يحصل تمام التقريب
فالاولى أن يقال بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة
حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل الخ وما سواه ليس بكل أصلاً لا حقيقة ولا حكماً فيبقى على
أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اه وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف الآن لا أكثر
حكم الكل تعظيماً للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك بوارد فان هذا
الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد إليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف
الأقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى (قوله
ولا نالوا اعتباراً به تذكر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني لو وجبت بالأقل
لو جبت بالأكثر أيضاً اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الآخر أيضاً اذا وجد
فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعاً بمرتين قط
قال في غاية البيان كان ينبغي أن يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية
لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف
حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرر وان
في خمسين نفساً انتهى أقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بهما
خسبون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف يتصور أن
يتحققا في كل واحد من خمسين نفساً حتى يصح توجيه تكرار القسامتين والديتين على القطعتين
بتكرر وهما في خمسين نفساً وانما الموجود في أحد خمسين نفساً بعض القسامة والدية لانفسهما والكلام في
استناد التكرار الى نفس القسامتين والديتين فلا مسأغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه أن الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف
القاتل مشقوقاً بالطول مثلاً يصدق عليه أنه بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بأنه
ان وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الاول أيضاً بناء
على ذلك المصريح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجرى فيه
القسامة تجب كما لا يخفى

ولم يذكر الانف وحكمه
حكم دبره وذكره وذكر
الغم مطاقاً وقد قيل اذا
صعد من جوفه الى فيه وأما
اذا نزل من رأسه الى فيه فليس
يصح دليلاً على القتل ذكره
نحو الاسلام في شرح الزادات
وكلامه ظاهر وقوله (ولانا
لو اعتبرناه مجتمع فيه
القسامتان والديتان) وفي
بعض النسخ يتكرر ذلك
لانه اذا وجب بالأقل
وجب بالأكثر اذا
وجد وكذلك لو وجب
بالنصف لو جبت بالنصف
الآخر فتكرر القسامتان
والديتان بمقابلة نفس واحدة
وذلك ولا يجوز فان قيل
ينبغي ان تجب القسامة اذا
وجد الرأس لانه يعبر به
عن جميع البدن أجيب
بان ذلك بطريق المجاز
والمعتبر هو الحقيقة ولانه
لو وجبت به لو جبت
بالبدن بطريق الاولى
فلزم التكرار وقيل كان
ينبغي ان يقول تتكرر
تكرار (قال المصنف الآن
لا أكثر حكم الكل تعظيماً
للآدمي) أقول فيه بحث
لان هذا قياس

القسمات والدية بلغة المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسمات مكررا وثبوت الدية مكررا وبعبارة التثنية تسئلزم أن يكون أكثر من القسمتين والديتين ويجوز أن يكون مراده القسمات والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا وقوله (والمعنى ما أشرنا اليه) يريد به التكرار المذكور وعدم وقوله (لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ذكره ولسانه اذ لم تعلم محنته حكومتا عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما يجب في الاطراف قبل أن تعلم محنتها ما يجب في السلم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجبه عضون وجبه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر ضرب وجبه فيه القسمات والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتل لو جود دالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يعرف حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء (٢١٣) فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم

رد السؤال ورد بما قواه لان
الظاهر اذ لم يكن حجة
للاستحقاق في الاموال وما
يسلك به مسلكها فلان
لا يكون فيها هو أعظم
خطرا أولى والصواب أن
يقال ان الظاهر ههنا أيضا
اعتبر دافعا لماعسى يدعى
القاتل عدم حياته وأما دليل
الاستحقاق فهو حديث جلي
ابن مالك وهو قوله عليه
الصلوة والسلام أسمع
كسب السكاهن قسوما
فدرو قال (واذا وجد
القتيل على دابة يسوقها
رجل الخ) اذا وجد القتل
على دابة يسوقها رجل فالدية
على عاقلة السائق دون أهل
الحلة سواء كان مالكها أو لم
يكن وكذا اذا كان قائدها
أو ركبها لانه في يده فصار
كما اذا كان في داره فان
اجتمع الركب والسائق
والقائد فالدية عليهم

والمعنى ما أشرنا اليه موصلة الجائزة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر (ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر لضرب فلا شيء على أهل الحلة) لانه لا يفوق الكبير حلا (وان كان به أثر لضرب وهو تام الخلق وجبت القسمات والدية عليهم) لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا (وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لانه ينفصل ميتا لا حيا قال (واذا وجد القتل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل الحلة) لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو ركبها (فان اجتمعوا فعليه) لان القتل في (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر لضرب فلا شيء على أهل الحلة) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الاول أن الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور أن لو وجد فيهم جنين وجدوه وهو في بطن أمه أو ما جوده مع أمه فهو يعزل عاقلته فيه لكون الحكم هناك للام دون الجنين والشأن أن ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين نعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر لضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجرح اذ هو الخلق أيضا كما تقر في سابق فلاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تعصيرا لاظهار أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر (قوله وان كان به أثر لضرب وهو تام الخلق وجبت القسمات والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذ لم تعلم محنته حكومتا عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما يجب في الاطراف قبل أن تعلم محنتها ما يجب في السلم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل

(٤٠ - تكملة الفقه والكفاية - ناسع) لان القتل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطول بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتل في الدار فان الدية هنا على عاقلتهم والقسمات عليهم سواء كانوا مالا كأولم يكونوا وهناك على

(قوله ويجوز أن يكون مراده القسمات والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا) أقول حجة الدية لا يسمى دية حتى يقال يتكرر في خمسين نفسا فامل (قوله اعترض عليه بان الظاهر ان قوله وأجيب عنه بأنه الخ) أقول الاعتراض والجواب للثاني (قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم رد السؤال ورد بما قواه) أقول بل يرد فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لامر النفوس ومنع كلية القضية العاقلة أن لا يكون حجة للاستحقاق ويقوى هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الامس ثم الدية تنجب بالقتل الموقوف منهم مظهر اقلية امل (قوله فلان لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى) أقول الاستحقاق ههنا مال أيضا لا غير وقوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جلي ابن مالك أقول ذلك في الغرة والقسمات والدية ليس في معناها

من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطه لتبنيها ونصبها وهم
والضهير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطه والدية على عاقبتهم وقوله (وقيل ان بأخذ في ترجمه الله بنى
ذلك على ما شهد به الكوفة) يعني من أصحاب الخطه في كل محله هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشترون في ذلك ويجوز أن يكون فيه
تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتييل في دار (٣١٥) بين مشتري خطه فانهم عامة مساويان

في القسامة والدية بالاجماع
وفي المحلة فارقا فواجبا
القسامة على أهل الخطه
دون المشتريين مع أن كل
واحد منهما لو انفرد كانت
القسامة عليه والدية على
عاقبته ووجه ذلك أن في
العرف أن المشتريين فلما
تراجعوا أصحاب الخطه في
التدبير والقيام بحفظ
المحلة وليس في حق الدار
كذلك فان في عمارتها ما سترم
من الدار واجارها واعارها
هم مساويان فكذلك في
القيام بحفظ الدار وقوله
(لما بينا) اشارة الى قوله
ان صاحب الخطه هو المختص
وقوله (ولانه أصيل)
والمشتري دخيل وقوله
(لان الولاية انتقلت اليهم)
يعني على قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله أو خلاصت
لهم على قول أبي يوسف
وقوله (لزال من يتقدمهم)
يرجع الى قوله انتقلت
اليهم وقوله (أو تراجمهم)
يرجع الى قوله أو خلاصت
لهم وقوله (واذا وجد
القتيل في دار) يعني اذا وجد
القتيل في دار فالدية على
عاقلة صاحبها باتفاق
الروايات وفي القسامة

يجعل جانباً مقصراً والولاية باعتبار الملك وقد استوفاه ولهم ما أن صاحب الخطه هو المختص بنصرة البقعة
هو المتعارف ولانه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على
ما شهد به الكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطه لما بينا (وان لم يبق واحد منهم بان
باعوا كلهم فهو على المشتريين) لان الولاية انتقلت اليهم وأخلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو تراجمهم (واذا
وجد قتييل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا
فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الامان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان
رب الدار أحصيه من غيره فلا يشاركونه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركونهم فيها وأقلمهم ولهم ما أن الحضرة لم ينهم
نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال (وان وجد القتييل في دار مشتركة نصفها الرجل
وعشرها الرجل ولا تخير ما بقي فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل تراجم صاحب الكثير في التدبير
فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس

اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يملك به ماله فلا يكون فيها هو أعظم خطراً أولى انتهى
أقول ليس الامر كذلك فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون
حجة للاستحقاق فيه تعظيماً لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود
منهم ظاهر الوجود القتييل بين أظهرهم فقولهم لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يملك به
مسلكها فلان لا يكون فيها هو أعظم خطراً أولى ممنوع فان مالهم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما
يسلك به مسلكها اهدار امر حقير ومالهم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك أن اهدار
الخطير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال ان الظاهر هنا اعتبر دفعه الى
عسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم
أجمع كسجيع الكهان قوموا فدعوه انتهى أي أقول برده عليه أن حديث حل بن مالك ورد في جنين انفصل
مينا وموجبه الغرض هو نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدوا الكونها
بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن نام الخلق ينفصل
حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فابن هذامن ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث
حل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حل بن مالك بالخاء المعجمة والميم
المفتوحين قال كتب بين جاريته بنى لي فضربت احداهما بطن صاحبتهما بعمود فسطا أو بمسطح خيمة فالتقت
جنينا ميتة فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضارب بدوه فقال
أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أجمع كسجيع
الكهان وفي رواية دعني وأراحيز العرب قوموا فدعوه الحديث انتهى فكأنه نسي ما قدمت بده (قوله واذا
وجد قتييل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا

أي وجوب القسامة على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين
الغانمين بخطه لتبنيها ونصبها (قوله والولاية باعتبار الملك) أي ولاية الحفظ (قوله وقيل أبو حنيفة
رحمه الله بنى ذلك على ما شهد به الكوفة) أي بنى على ما شهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطه
في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشترون في ذلك (قوله لان الولاية انتقلت اليهم) أي على

روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وهذا يدفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتييل في
دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية ههنا على أخرى وحكي عن الكرخي رحمه الله
ابن كنفون في بينهما يقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا

(قوله وفي الاخرى عين عاقلته) أقول الاظهر أن يقول وفي الاخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تقرير دفع اندفاع الرافع عليه

كانوا حضورا كذا في الذخيرة والمذكور في الكتاب يدل على أنها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا ووافقهم رواية فتاوى العتاني وما بعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قاتيل الخ) أجروا على أن وجوب الضمان عند وجود القاتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة (٣١٦) رحمه الله ولاية الحفظ باليد والمالك سببا وقالا ولاية الحفظ تستغاد بالمالك فاذا وجدوا

في واحد ارفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك ولا آخر البد كان اعتبار البعده أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قاتيل فاما أن يكون البيع بائنا وفيه الخيار فان كان الأول فهو أي المذكور وهو الدينة على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أي ولكون ولاية الحفظ تستغاد بالمالك (كانت الدينة) في هذا الموضوع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعه المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال (أن القدرة على الحفظ مألوف) أطلق البدو والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في البدن كان أصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر قبل ما الفرق لابي حنيفة بين الجنانية وصدة الفطر فانه يعتبر البنية للمالك في الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مؤنة

بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قاتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستغاد بالمالك ولهذا كانت الدينة على عاقلة صاحب الدار دون المودع والمالك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كفي صدقة الفطر وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالمالك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالمالك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان غيبا فالقسامة على رب الدار بكر وعليه الايمان قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القاتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبا باتفاق الرايات وفي القسامة وايتان في احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وهذا يشترط ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القاتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذلك على رايه وهذا على أخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القاتيل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز ان يحمل على أحدي الرويتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الآن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الأخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلة جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فغايرا وأما نانيا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكر وعليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحل على الرويتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شر المراده (قوله لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستغاد بالمالك) أقول هذا التعليق على قول أبي يوسف مشكل لانه انما أراد بقوله والولاية تستغاد بالمالك الحصر بمعنى أن الولاية تستغاد بالمالك لا بغيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية يقع المالك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون بالمالك تكون بالسكنى وان لم يرد ذلك معنى الحصر لا يتم التقرير في اثبات مدعاهما في هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالمالك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد البدن مطلقا أي سواء كانت بدنا أو بدنية فليس يصح أن لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكونه يد بدنية لا بد أصالة كما صرحوا به فاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النباهة أيضا لم يصح ذلك وان أراد به البدن فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبه لا يسلم أنه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالمالك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تستغاد بالمالك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها بالجلة

قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى من تقدمهم أو نخلصت لهم أي على قول أبي يوسف رحمه الله لما أن الولاية عنده كانت لصاحب الخطه وللمشتريين فالآن خلصت للمشتريين والآن من زاحهم (قوله بمنزلة الشفعة) فانها على عدد الدار وليس لاعي قدر الانصاء عندنا (قوله ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قاتيل) الى قوله فان كان في البيع خيار فهو على عاقلة الذي في يده فالخلاف ان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر

المبيع

(قوله وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول لأدري ما فائدة هذا التصويل والاجتهاد فان اليد للبائع اذا فرض انتفاء قبض المتري في الصورتين الضمان على عاقلة البائع وهذا الركا كذا بخصوصه بتقريره وسبق المصنف سالم عن أمثاله

المالك فكانت على المالك
والجناية موجبة للضمان
بترك الحفظ والحفظ انما
يتحقق باليد لا ذكرا من
الدليل وقوله (ومن كان في
يده دار فوجد فيها قتيلا لم
تعقله العاقلة) يعني اذا
أنكرت العاقلة كون
الدار لصاحب اليد وقولوا
انهم اودعته أو مستعارة أو
مستأجرة (حتى تشهد
الشهود أنهم الذي في يده)
ولا يتحقق في وهمك صورة
تناقض في علم الاكتفاء
باليد مع ما تقدم أن الاعتبار
عند أبي حنيفة للبدلان
اليد المعتبرة عنده هي
التي تكون بالاصالة كما
تقدم والعاقلة تنكر ذلك
والباقى واضح وقوله
(واللفظ) أي لفظ القدوري
وهو قوله على من فيهما من
الركاب والملاحين يشمل
أربابها أي ملاكها وغير
ملاكها وقوله (وهذا) أي
كون الملاك وغيرهم سواء
في القسامة (على ما روى
عن أبي يوسف رحمه الله)
أن السكان تدخل في
القسامة مع الملاك (ظاهر)
وأما على قول أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله فلا بد من
الفرق وهو ما ذكره في
الكتاب وهو ظاهر قال
(وان وجد في مسجد محلة)
(قال المصنف لانه لا بد من
المالك لصاحب اليد حتى
تعقل العواقل عنه) أقول

المبسح في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة
كالقصور فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى
تشهد الشهود أنهم الذي في يده) لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه والبدوان كانت دليلا
على المالك لكنها محلة فلا تنكفي لا يجاب الدية على العاقلة كالتسكي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة
فلا بد من اقامة البينة قال (وان وجد قتيلا في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها في
أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من عدها والمالك في
ذلك وغير المالك سواء وكذا المحلة وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل
وتحول فيعتبر فيها البدون المالك كفي الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد محلة
فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية
على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة وما لبث المال مال عامة المسلمين
ما ذكر في هذا التنوير ليس باجلى من أصل المسئلة (قوله) ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة
حتى تشهد الشهود أنهم الذي في يده) قال صاحب العناية ولا يتحقق في وهمك صورة تناقض في عدم
الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة للبدلان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة
والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن البدل المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن
كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل
عنه وهذا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة للبدون المالك كفي المسئلة المتقدمة أنفا فان المالك
هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كمر تفصيله وقال صاحب
الغاية هنا ولا يلزم بأحنيقة أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع فوجد فيها قتيلا
أن الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد المالك الا بالبينة انتهى وذكر في
معراج الدراية ما وافقه حيث قال وفي جامع الكرايبسي اعتبر أبو حنيفة يد المالك لا مجرد اليد في المسئلة
المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا بد من قضا عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لان المالك في المسئلة
اليده هو المعتبر المالك ان وجد والا فوقف على قرار المالك (قوله) ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله
العاقلة حتى تشهد الشهود أنهم الذي في يده) يعني اذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا هي وديعة
في يده وهذا ما عرفت أن الظاهر رجح الدفع لالا استحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فوجب اثباته بالبينة
لمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فانكر المشتري أن تكون الدار التي في يد الشفيع ملكا له فانه
لا يتحقق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على المالك ولا يلزم أن بأحنيقة ترجمه الله يعتبر اليد في استحقاق
الدية كذا كرنا آتغالانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد لم يثبت ههنا يد المالك الا بالبينة (قوله) واللفظ يشمل
أربابها) أي لفظ من فيها (قوله) وهذا على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله ظاهر) أي لانه يجعل
السكان والمالك في القتل الموجود في المحلة سواء فكذا في القتل الموجود في السفينة وأما عندهما في المحلة
السكان لا يشاركون المالك لان التدبير في المحلة الى الملاك دون السكان وفي السفينة انهم في تدبيرها سواء اذا
حدثهم أمر وهذا لان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيها البدون المالك فانهم امر كب كالدية فكما أن المعتبر في
القتل الموجود على الدابة هو البدون المالك فكذا في القتل الموجود في السفينة وهم في اليد عليها سواء
بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل وذكر شيخ الاسلام قال بعض المشايخ انما يجب على الركاب اذ لم يكن
للسفينة مالك معروف فان كان فالقسامة عليه ومثل هذا التفصيل مرفى الدابة (قوله) وان وجد في المسجد
الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه لان المقصود بالقسامة نفي نية القتل وذلك لا يتحقق في جماعة
المسلمين والدية على بيت المال لانه للعامة وفي المغرب الشارع هو الطريق الذي بشرع فيه الناس عامة على

كلامه صريح سوى الفاظند كرها قوله (فعند أبي يوسف يجب على السكان) أي سواء كان السكان ملاً كأوغير ملاً وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) (٣١٨) قال في النهاية وإنما أراد به أن يكون نائباً عن المحال أما الأسواق التي تكون في

المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لأحد منهم فيها دار بملاوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسألة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله (وان وجد في وسط القران) يريد به القران وكل غير عظيم لعدم خصوصية القران بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جارياً بالقتيل كان حكم الشط حكم الوسط قالوا هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيلاً دار الشر ولو ما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فوجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيلاً مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيلاً المسلمين فوجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قبل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهل الصوت

(ولو وجد في السوق ان كان محمولاً فعند أبي يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن محمولاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لانه لجاعة المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لانهم سكان ولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان ان أهل السجن مقهورون فلا يتصل بهم ما يجب لأجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وبهذه أربعة المالك والسكان وهي تختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف قال (وان وجد في قرية ليس بقرية عامرة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا إذا لم تكن بملاوكة لأحد أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط القران يمر به الماء فهو هدر) لانه ليس في يد أحد ولا في ملكه (وان كان محتسباً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لانه انحصر بنصرة هذا الموضع فهو كالموضع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويردون بهاءهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم)

المقدمة كان للمشتري لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان المالك أيضاً للبائع لما صار يحمل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فإذا كان المالك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذلك بدم المالك اذ ثبت بدم المالك يقتضي ثبوت نفس المالك أيضاً يلزم أن يجمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما لك البائع وملك المشتري وهو محال وان أريد بدم المالك غير معناه الظاهر رأى البد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك المالك في الحال بالبيع فاعني اعتبار مثل ذلك الامر الزائل في ترب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلاً لآماننا الأعظم فليكن بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي الاسناد المجازي أو هو من قوله هم شرع الطريق أي تبين (قوله ولو وجد في السوق) انما أراد به أن يكون نائباً عن المحال أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق النائي إذا كان فيها من يسكنها في الليالي أو كان لأحد فيها دار بملاوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير عليه كذا في مبسوط نحر الاسلام وفي المنتقى اذا وجد القتيل في صف من السوق فان كان أهل ذلك يبينون في حوائثهم فدية القتل عليهم وان كانوا لا يبينون في حوائثهم فالدية على الذين لهم تلك الحوائث (قوله فلا يتعلق بهم ما يجب لأهل النصرة) أي لأجل ترك النصرة (قوله وقد بيناه) أي في مسألة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيلاً (قوله وان وجد في وسط القران) ذكر القران ليس بقيد وفي المبسوط اذا وجد القتيل في غير عظيم يجري فيه الماء فلا شيء فيه وكذلك ذكر الوسط ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشر لا لانه اذا كان كذلك فاعل هذا قتيلاً دار الشر ولو ما إذا كان موضع انبعاث الماء دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان القتيل في مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيلاً المسلمين فوجب الدية في بيت المال وفي الذخيرة أيضاً مثل هذا (قوله وان كان محتسباً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك الموضع على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله هذا محمول على ما إذا كان يبلغ أهل الصوت وفي المبسوط وان كان الى جانب الشط محتسباً فهو على أقرب القرى اليه ثم قال وهذا اذا

وقد

وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عواقلهم

ينافض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلامالك مع أنه تعقل عواقله وكذا في بعض صور البيع المنجز

وقد ذكرناه وذكروا فيه القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بينا من قبل وجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتله فقد راحيت لم ياخذوا على يد الظالم ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم الا بدعى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقطت القسامة قد شرطه

ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقتضى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناها لا وجبناها بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هنادون ما حل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله) وجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم أقول للقاتل أن يقول ان أردت أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن تعين خصوصه فهو مسلم لا يمكن لا تسلم أن تعيينه واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر حيث أن ابتداء الامر اذ ذلك كون القاتل منهم بدون أن تعين خصوصه بتعيينه واحد منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان أردت أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى وان أردت أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع فلا يظهر وجه كون الجناية صادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جبا على الأري أنه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجودين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتله أيضا فقد رابر كهم النصر لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتله فقد راحيت لم ياخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فتر كوا النصر وأما ما لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولن سلم ذلك مما لم يعلموا احتياطهم في حفظ المحلة بشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فاقترن في التوجيه وذكروا في الشرع نقلا عن المبدوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء لأهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى درايت والله تعالى أعلم بالصواب (قوله) ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم الا بدعى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقطت القسامة قد شرطه أقول بشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم الا بدعى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه

وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة

كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع ونادى بأعلى صوته وان كانوا لا يسمعون ذلك لا شيء عليهم فيه هكذا فسر السرخي رحمه الله وفي الذخيرة وأما اذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب عليهم شيء وانما يجب في بيت المال لانه تحت يد عامة المسلمين (قوله) وقد ذكرناه القياس والاستحسان هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى وههنا قال وقد ذكرناه فلعلمه وجه الله توهم انه ذكره وقيل في بعض النسخ ذكره ثم فعلى هذا يستقيم قوله وقد ذكرناه (قوله) وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم أي سقطت القسامة والدية يتوهم خلاف المدعى عليه بمينا واحدا كذا في الذخيرة (قوله) فتعيينه واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر فان الشارع أوجب القسامة ابتداء على المحلة فتعيينه واحد منهم لا ينافي ما شرع ابتداء وفي المبدوط وان ادعى أهل القاتل على بعض أهل المحلة الذين

وقوله (فاجلوا عن قتل) أي انكشغروا عن انظر جوارقوله (لان القتل بين أظهرهم) أي جدين أظهرهم يعني بينهم والظاهر والظاهر
يحيثان معجمين كفي قوله صلى (٣٢٠) الله عليهم وسلم لاصدقة الاعن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر أن قاتله

قال (واذا التقى قوم بالسيف فاجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة) لان القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم
(الآن يدعى الاولياء على أولئك وعلى رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت
براءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البيعة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للعديت
الذي ويناها أما يقسط به الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتل في معسكر أقاموا بغلة من
الارض لملك لاحد فيها فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من
الفسطاط فعلى أقرب الاخبية اعتبارا اليه عند انعدام الملك (وان كان القوم لغوا قتالا وجد قتل بين
أظهرهم فلا قسامة ولا دية)

دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم انقدس ط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله
لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيف لم يوجد
كثير من النسخ ولهذا بشرحه أكثر الشراح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيمن الوهن كما ثبت عليه أن غنى
المؤمنين (قوله واذا التقى قوم بالسيف فاجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة لان القتل بين أظهرهم) أي
وجد بين أظهرهم أي بينهم والظاهر والظاهر يحيثان معجمين كفي قوله عليه الصلاة والسلام لاصدقة لا
عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فالظاهر فيه متعمم كفي ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام
بين أظهرهم أي بينهم كذا في الشرح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه
فلنا قد نعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلم الحكم بالسبب الظاهر وهو جوده قتيلا في محلهم كذا في
النهاية والعناية أقول رد على هذا الجواب أن يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو جوده قتيلا في
محلهم موجب لاصدقة القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من
غير أهل المحلة دافعا لاقسامته والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون
الاصدقة فالظاهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة لاصدقة القتل مشكلا فوجبنا
القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص
وسمى مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لغوا قتالا وجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

وجد القتل بين أظهرهم فقالوا قتله فلان عدوا أو خطا لم يبطل به صدقهم وفيه القسامة والدية لانهم
ذكروا ما كان معلوما لباطريق الظاهر وان القاتل واحد من أهل المحلة لكننا لا نعلم ذلك حقيقة
وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا لم يستفد من هذه الدعوى شيئا
لا يتغير الحكم به فثبت القسامة والدية على أهل المحلة وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله انه تسقط
القسامة عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون ابراء لأهل المحلة عن القسامة فان
القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك
صحح منه واذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم للتناقض لانه لما ادعى على أهل المحلة فقد أبرأ
المحلة من ذلك حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض كذا في المبسوط (قوله واذا التقى قوم
بالسيف فاجلوا عن قتل) قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض وهذا اذا كان الفر يقان
متاولين اقتتلا أو غصبة فان كانوا مشركين أو خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك من اصابة العدو (قوله للحديث
الذي ويناها) أي في أوائل باب القسامة وهو قوله عليه السلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم
وأموالهم لكن البيعة على المدعي والبيعة على من أنكر

من غير أهل المحلة وأنه من
خصمائه أحجب بأنه قد
تعذر الوقوف على قاتله
حقيقة فيتعلم بالسبب
الظاهر وهو جوده قتيلا
في محلهم وقوله (لان بمجرد
الدعوى لا يثبت الحق أي
الاصدقة عند انكار المدعي
عليه للحديث الذي ويناها
أي في أوائل باب القسامة
وأوله قوله صلى الله عليه
وسلم لو أعطى الناس
بدعواهم لادعى قوم دماء
قوم وأموالهم لكن البيعة
على المدعي والبيعة على من
أنكر لا يقال الظاهر أنهم
قتلوه لما علمت غير مرة أن
الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
وقوله (وان وجد في خباء أو
فسطاط) الخباء الحجرة من
الصوف والفسطاط الحجرة
العظيمة فكان أعظم من
الخباء وقوله (فعلى أقرب
الاخبية) قيل هذا اذا نزلوا
قبائل قبائل متفرقين أما
اذا نزلوا مختلطين فالدية
والقسامة عليهم وقوله (وان
كان القوم لغوا قتالا) يجوز
أن يكون حالا أي مقاتلين
وجوز أن يكون مفعولا مطلقا
لان اقوا في معنى المقاتلة
وأن يكون مفعولا له أي
(قوله لما علمت غير مرة
أن الظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق) أقول مع أن

استعظام أمر الدم بان على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية
(قال المصنف وان كان القوم لغوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتالا يحتمل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على
المفعول به كفي قوله بعده وان لم يلغوا عدوا وأن يكون على المفعول له أي للقتال انتهى والمفعول به محذوف أي لغوا العدو

للقتل وقوله (لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كإمرأ نفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أي حمار يرج احتمال قتل المشركين جلالا امر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس تمت جهة الجل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لور ود النص بإضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) إشارة الى قوله ولو وجد قتل في معسكر أو ماو الخ وقوله (وقد ذكرناه) إشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول (٣٢١) محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا

وقوله (واذا قال المستخلف

قتله فلان استخلف بالله)

يعني لا تسقط اليمين عنه

بقوله قتله فلان غاية ما في

الباب أنه استثنى عن يمينه

حيث قال قتله فلان وهذا

لا ينافي أن يكون المقر

شريكة في القتل وأن يكون

غيره شريكا معه اذا كان

كذلك يخلف على أنه ما قتله

ولا عرفه فالتابع غير فلان

قال (واذا شهد اثنان من

أهل المحلة الخ) اذا ادعى

الولى على رجل من غير أهل

المحلة وشهد اثنان من أهل

المحلة عليه أنه قتله قال أبو

حنيفة رحمه الله لم تقبل

شهادتهم او قال لا تقبل لانهم

كانوا بعرضية أن يصبروا

خصماء وقد بطت

بدعوى الولي القتل على

غيرهم فتقبل شهادتهم

كالوكيل بالخصومة اذا عزل

قبل الخصومة ولا يحنيفة

لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلا فلا يي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيخلف على ما ذكرناه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيخلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهم) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصبروا خصماء وقد بطت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بالزاهرهم قاتلين للخصم بالصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من محلة الخصوم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبضها ثم شهد قال رضى الله عنه

لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا قال في العناية قوله لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أي حمار يرج احتمال قتل المشركين جلالا امر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس تمت جهة الجمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لور ود النص بإضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعننا في المصير الى الفرق المذكور والفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة

(قوله لان الظاهر أن العدو قتله) ولهذا كان شهد اذا الظاهر ان الانسان بعد الالتقاء بما يقتل من بعديه لامن بوارزه وانما أوجبا القسامة والدية على المحلة باعتبار نزع من الظاهر وقد عدم ههنا بخلاف ما اذا قتل الفريقان من المسلمين غضبة كالكلاب دى والدر وأزكر بخلاف البس في اضافة القتل الى العدو حل أمر المسلمين على الصلاح اذا الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فتجب القسامة والدية على أهل المكان كذا في المبسوط (قوله وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) يعني اذا لم يقاتلوا عدوا فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها وان كان خارجا فعلى أقرب الاخبية لان ذلك الموضع في يد أقرب أهل الاخبية هذا اذا تزلوا متفرقين أما اذا تزلوا مختلطين فان الدية والقسامة عليهم كذا في مبسوط شيخ الاسلام (قوله) كالوصى اذا خرج من

رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تغديرا

(٤١ - تكملة الفتح والسكيا به) - ناسع

(قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وتقتلوا كان حجة لان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين الى قوله فبقى حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الجمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت احدى الطائفتين تلوارج (قال المصنف ولان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال النبي صلى الله عليه وآله وان كان للارض مالك فيجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يرا حون المالك في القسامة والدية وهذا عند ههنا ظاهر الفرق لا يي يوسف يبنمو بين المحلة والدار أن العسكر تزلوا فيه لانتقال والار تجمال لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك بخلافه لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانه لما أقر بالقتل على واحد) أقول اقرار القتل هنا على التجو وكلا لا يخفى

ثم مات لم يضمن الذي حله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المصلحة فوجوده جرحي في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فدينه على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد زفر لا شيء فيه)

وقوله (ولو أن رجلا معة جرح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال فدينه على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فوجب على عاقلة لورثته وفيه تناقض ظاهر وبخالفه بين الدليل والمطلوب ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلاننا في بينهم وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته الى هنا كلامه أقول ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التفصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فان حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعم صورتين قطعاً أي صورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة متصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فمعنى تخصيص حكمها بالصورة الاولى بمجرّد الإشارة الى امكانها ثم ان تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الاول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر بالتبني في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل وينال الصورة الاولى وهي ان كان الصورة الثانية تنهوي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلا لأن عاقلة وعاقلة اذا اتحدتا يصح نسبتهن الى الورثة كما يصح نسبتهن الى الميت بل تكون نسبتهن الى الورثة أولى ههنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فدينه على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لورثته لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لانه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة تنهوي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة آخر غير لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلة يجب أن تكون الدية على عاقلة القاتل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الآن في تقريره أيضاً شيا من الركاكة فالارجح ما قررناه من قبل نأمل ترشد

جرح في تلك القبيلة ثم نقل الى أهله فمات وانما قبله لانه لو كان محجبا بجرحه ويذهب حين جرح ثم مات في أهله فلا شيء فيه كذا في المبسوط (قوله) وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة (وهو من جرح في قبيلة وفي المبسوط بعد ما ذكر مسئلة القبيلة وعلى هذا الخبر يجازو جد على ظهر انسان بحمله الى بيته فمات بعد يوم أو يومين فان كان صاحب فراس حتى مات فهو على الذي يحمله كالمات على ظهره وان كان يذهب ويحيى فلا شيء على من حله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا شيء عليه في الوجهين (قوله) ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فدينه على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة تنهوي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة آخر غير لو وجد قتيلا فيها

الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقتضى قوله فالدية على عاقلة ورثة وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانين ظاهر واعتراض على وجهه أي حنيفته وجب الله بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فاما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بانها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيموت وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلة وتكون ميراثه ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسماء في دليل أبي حنيفة رحمه الله اشارة الى أن القسماء واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسماء لم تذكر في الاصل واختلاف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا تجب (٣٣٤) لانها تختص بمن يعلم بحال القتل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسماء وممنهم من قال تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله وقتلوه في داره فيكون غمته من يعلم بحاله واختاره المصنف واستثنى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما أطلقه مخبراً بل الله تراه وما استشره وروى مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كالتقص على ما ذكر أشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الخ يعني انما صاردم المكاتب هدر الان حال ظهوره وقتله بقيت الدار على حكم ملكه لان السكابة لا تفسخ اذا مات عن وفاة بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيلا نفساً مومن قتل نفسه كان دمه هدرًا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم قاتل فوجب

لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرًا وله أن القسماء انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهوره وقتله بقيت الدار على حكم ملكه فصير كله قتل نفسه فيهدومه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا يوجب يوسف أن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما اذا وجد قتيلا في محله (ولو وجد قتيلا في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسماء تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل اليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لان القسماء انما تجب على من كان من أهل النصره والمرأة ليست من أهلها فاشتبهت الصبي ولهما أن القسماء لتفي النعمة ونعمة القتل من المرأة متفقة

(قوله وله أن القسماء انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعتراض عليه بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فاما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بانها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلة وتكون ميراثه كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول برده على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فدية على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون ديتته لالورثته ويمكن دفعه بان المراد بالذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلة لورثته في نافي الحال أي تصير لهم بالخلاف عن المقتول بعد أن كانت له أولاً مثل هذا التسامح في العبارة ليس بعز يرفي كما ان الثقات ثم أقول

كانت القسماء عليهم دون عاقلة يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيلا كذا في المبسوط (قوله من مات قبل ذلك) أي قبل ظهور القتل (قوله فيجب على عاقلتهم) أي على عاقلة الورثة فان قيل اذا قلتم ان الدية تجب على عاقلة الورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم قلنا ان الدية تجب للمقتول حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلة ويكون ميراثه وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلا في دار نفسه لان هنالك اذا وجد غيره قتيلا انما هو يجعل كقاتل له لقيام ملكه في الدار حين وجد القتيلا وذلك غير موجود فيما اذا وجد هوقتل فيه فان الملك منتقل الى الورثة وملك المكاتب باق لبقاء عقد السكابة فلماذا افترا (قوله ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث) اذ لو كان ثالث يقع الشك في القاتل فلا يتعين واحد منهما (قوله كما اذا وجد قتيلا في محله) أي كان توهم قتل نفسه ساقطاً هنالك فكذا هنا (قوله والدية على عاقلتها أقرب القبائل اليها في النسب) لانها لا تقوم بالنصره فلا تكون من أهل

لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله وقتلوه في داره فيكون غمته من يعلم بحاله واختاره المصنف واستثنى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما أطلقه مخبراً بل الله تراه وما استشره وروى مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كالتقص على ما ذكر أشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الخ يعني انما صاردم المكاتب هدر الان حال ظهوره وقتله بقيت الدار على حكم ملكه لان السكابة لا تفسخ اذا مات عن وفاة بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيلا نفساً مومن قتل نفسه كان دمه هدرًا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم قاتل فوجب

فيه القسماء والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما اذا وجد قتيلا في محله) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا

قال

عاقلة ورثته على تقدير المضاف وانما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة لورثته مع عاقلة القتيلا حتى لو اختلفت الغوائل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل (قال المصنف ونعمة القتل من المرأة متفقة) أقول بخالف لما صرح في بيان قوله ولا قسماء على المرأة وأرشا الاكمل الجواب في المرس الثاني من المعامل

قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لاننا نزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو جسد رجل قتيلا في أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهلها قال هو على صاحب الارض) لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

(كتاب المعاقل)

بقي هنا اشكال قوى وهو انه قد مر أن دعوى ولي القتل شرط لوجوب القسامة والدية ولى القتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بمحمل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية على أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فأوجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أول فلان الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرح جوابه فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فدينه عاقلته لو رثته لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلان المذمور المذكور في الاعتراض المزبور وانما هو أن يكون الذين عقلا عنهم هم الذين عقلا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال أن من وجبت الدية عليهم عير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المحجب تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا بحال فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

(كتاب المعاقل)

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعنبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقولة وهي الدية كما مر به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤدبا الى التكرار ليس بتمام في نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالتناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية ما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بدم من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتنى أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لان مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل ليكون المذمور هنا اذ ذلك شعبه من الديات بخلاف العواقل فانها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محال لذكر الكتاب وكان ذنبك الشارح انما اقتربا ذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطأ وتوابعه شرع

الدوان (قوله قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) وانما يقيد بقوله في هذه المسئلة لان المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجي في المعاقل وتدخل في هذه المسئلة لاننا جعلناها قاتلة فالقاتلة تشارك العاقلة لانها المساءلة على غير المباشر فعلى المباشر أن يجب جزء منها أولى وموضوع المسئلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشرينها أحد أما اذا كانت عشرينها حضورا تدخل معها في القسامة والله أعلم

(كتاب المعاقل)

وقوله (قال المتأخرون)

أي من مشايخنا رجعهم

انته ان المرأة تدخل مع

العاقلة في التحمل في هذه

المسئلة) يشير الى أنهم

لا تدخل في غير هذه الصورة

على ما يجي في المعاقل ان

شاء الله تعالى وانما دخلت

في هذه الصورة لانها نزلت

قاتلة تقدر انما دخلت

في القسامة فكما دخلت

فيها دخلت في العقل أيضا

بخلاف غيرها من الصور

فانها لا تدخل في القسامة

بل تجب على الرجال فلا تدخل

في العقل أيضا وقوله (لانه

أحق بنصرة أرضه) لان

الحفظ والتدبير في الأرض

الى صاحب الأرض لالى

أهل القرية والله سبحانه

وتعالى أعلم

(كتاب المعاقل)

لما كان موجب القتل

الخطأ وما في معناه الدية على

العاقلة لم يكن من معرفتها

فذكرها وأحكامها في هذا

(كتاب المعاقل)

الكتاب وقال: المعقل جمع معقل (٢٢٦) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله (وكل دية) مبتدأ وقوله (على العاقلة) خبره وقوله

المعقل جمع معقل وهي الدية وتسمى الدية عقلاً لأنها تعقل الدماء أن تسفك أي تسلك قال (والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) (يعني) يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حل بن مالك رضي الله عنه للأولياء قوموا فادعوا ولان النفس بحترمة لا وجه إلى الإهدار والخطا معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إجماعاً واستنصاه فيصير عقوبة فضع إليه العاقلة تحية بما لا تخيف وإنما خصوا بالانصاف لأنهم قصر لقوة قبضت تلك بانصافهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراعاة شخصه قال (والعاقلة أهل الديوان) كان القتال من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أسامهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولأنه مسلمة والأولى به الأقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لم يدر الديوان جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبيرهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير بمعنى

في بيان من يجب عليه الدية فلا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل اذ لو كان الأمر كما قالوه لكان قوله وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة كلاماً مستقلاً فاستقلاً وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاماً تاماً مستقلاً أيضاً فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطا مستنداً لاطائل تحتها ههنا كون الدية واجبة في شبه العمد والخطا وقد ذكر مقصداً في أول كتاب الجنابات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقلة فيقول به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطا على العاقلة أذهب هذه الحشية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقلة والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا صفة أى الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطا وقوله وكل دية تجب بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة تحية مبتدأ وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسجماً على المعطوف والمعطوف عليه جميعاً فلا يلزم المذمور أصلاً ويحصل المعنى المقصود ههنا بل لا ريب (قوله ولان الأخذ من العطاء للتحفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول في تمام هذا التعليل كلام لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وإياهما الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين فلا يبعد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين وأيضاً يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وإياها تمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذلك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين فلا يبعد التعليل المذكور المدعى من هذه الحشية أيضاً كما ترى نعم

(قوله وكل دية تجب بنفس القتل) احتراز عما وجبت بالصلح والاعتراف (قوله في حديث حل بن مالك) حل ههنا اسم ولد الصابية سمي به وكان له ضرعان فضربت أحدهما الأخرى بمسطح خيمة فالت جنيبتا ميتا قال النبي عليه السلام لا ولياء الضاربة قوموا فادعوا فقال أخوها عمران بن عويم الأسلمي أندي من لأصاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام اجتمع كسبج الكهان قوموا فادعوا (قوله لأنه انما قصر بقوة فيه) وتلك بانصافه لأن مثل هذا الفعل لا يكون الا بضر استهانة وقلة مبالاة وتقصير في التعرُّوذاً انما يكون بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره وانما تنصره عاقلة شخصه (قوله دون الديوان) أي رتب الجرائد لولاة والقضاة فقال فلان من أهل الديوان ممن أثبت اسمه في الجريدة والديوان الجريدة من دون الكتب اذ اجتمعوا لانها تقطع من القراطيس بمجموعة (قوله وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير

(وجبت بنفس القتل) يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح أو الأوبة فهي في مال القاتل لأعلى العاقلة وقوله (وقد ذكرناه) يعني الدية بتأويل العقل وقوله (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ذكر به بالسوط الصغير حتى قتله وقوله (وفي إيجاب مال عظيم إجماعاً) فسر الإجماع بقوله واستنصاه وقوله (انما قصر) يعني أن القتال انما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف وقوله (وتلك) أي القوة وقوله (كتبت أسامهم في الديوان) الديوان الجريدة من دون الكتب اذ اجتمعوا لانها تقطع من القراطيس بمجموعة ويروى أن عمر رضي الله عنه أول من دون الديوان أي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أي ممن أثبت اسمه في الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير بمعنى)

جواب عن قول الشافعي أقول كان الأولى أن يقال كتاب العواقل لان المعقل جمع معقل وهي الدية كما قال هو فكتابه قال كتاب الديات فصار تذكر أو العواقل جمع عاقلة وهو من يتحمل الدية وهذا هو المناسب هنا كما

لا يخفى (قوله وذو الذي ضرب به بالسوط الصغير) أقول وفيه بحث

لان العقل كان على أهل النصره وقد كانت بانواع القرابة والخلف والولاء والعدوى عهد عروضى الله عنه قد صارت بالدوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناهروهم بالخرف فعاقلتهم أهل الحرف وتوان كان بالخلف فاهله والديه صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم والتقدير ثلاث سنين مروي عن النبي عليه السلام ويحكي عن عروضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الديه لما ذكرنا اذا كان جميع

بغير التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يابي إيجاب المال بمقابلته النفس المحترمة لعدم المائتة بينهما الآن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بإيجابه مؤجلا بثلاث سنين فانه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عروضى الله تعالى عنه كما مر آتفا فيبقى أن يخص التأجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يخص بما ورد به وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عدم اليس بحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقاتل أي للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العيني أقول كيف يكون ذلك هو الاصح وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج للعام القابل أي المقبل لا يكون الا في المستقبل قطعا فامعنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم الآن يفرض بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل أي لاجل العام القابل بطريق تجبيل اعطاء عطية العام الآتي أيضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الاولى أيضا كلام وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الديه ولا شك أن كل الديه انما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعائلة أجمعهم لا بما خرجت للقاتل فقط الا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل أي لو خرج لعائلة القاتل وتقدير المضاف طريقه معهوده فحينئذ ينظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الديه لما ذكرنا) قال

معنى) وهذا جواب عن قوله ولا نسخ بعده فان قيل كيف يعان بهم الاجماع على خلاف ما قضى به رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى به رسول الله عليه السلام معني فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام قضى على العشرة باعتبار النصره فقد كانت قوة المرء ونصرته يومئذ بعشرته فلما دون عمر الدوا بن صارت القوة والنصرة بالدوان فلها قضوا بالديه على أهل الدوان بالخلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ناوله الموالاة (قوله والولاء) أي ولاء العتاق وهو أن يعدفهم يقال فلان عددي بنى فلان أي يعدد منهم كمن سكن في دار قوم يعدفهم وان لم يكن له قرابة فيهم كما بليس اللعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة فعد منهم وان لم يكن من جنسهم (قوله أولى منه في أصول أموالهم) أي من الإيجاب (قوله لحصول المقصود) وهو التفريق على العطايا (قوله لان الوجوب بالقضاء) لان من عليه غير معلوم لان في العاقلة كلاما فلا يتعين الا بالقضاء فلها لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء وان خرجت بعد القضاء (قوله على ما بين ان شاء الله تعالى) اشارة الى قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالديه لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كإلى ولد المغرور ولان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء

رجه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالخلف) الخلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ناوله الموالاة وقوله (والولاء) أي ولاء العتاق وقوله (والعد) هو من العديد وهو أن يعدفهم يقال فلان عددي بنى فلان اذا عدفهم وقوله (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث) أي ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الديه وان خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الديه فيها وقوله (لحصول المقصود) يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها وقوله (وتأويله) أي تاويل كلام القدوري رحمه الله فانه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المسراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله (واذا كان جميع

الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الابن عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس ياباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لان الوجوب بالقضاء أقول أراه مخرجوا هناعن سنن السواب اذا الظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية حينئذ لا يجال لكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مستثناهذه بل انما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فانه يصلح أن يكون دليلا عليه اذ ذلك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه في المستقبل لعم جعل ذلك إشارة إلى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتسبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة ومقصود بالذات هنا خاليان الدليل بالسكينة مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلا بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الابن عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول هذا التفسير يختل اذا الظاهر أن خبر ما في قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للقاضي قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر الضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا ستدرة عند من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية فان كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بل لا ريب فالحق في تحرير المقام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بان قتل الابن عمدا فهو في ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس ياباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العنايت في شرح قوله أن القياس ياباه أي القياس يابى إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تنافي انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أمأ ولا فلاحه لو كان معنى قول المصنف أن القياس ياباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ههنا مدعا فان إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس ياباه ليس باقتضاء لعدم المخالفة انما يتحقق في الثاني دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلا أن لا يتعدى غيره لان الذي لا يتعدى موردنا انما هو ما يحالف القياس كما تقر في علم الأصول وأما ناسيا فلانه ان أراد بقوله وهي أي حجج الشرع لا تنافي أن حجج المعمول بها لا تنافي فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بإيجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم إيجاب المال بمقابلة النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تنافي مطلقا أي سواء كانت معمولا بها أولا فمنوع كيف وقد وضعا في كتب الأصول بابا للمعارضة بين الأدلة الشرعية والشرعية والفرجح وبينها أحكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض ههنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلا

النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق بقضائه إلى المال كما في ولد المغرور فان قيمته انما تعجب على المغرور بقضاء القاضي وان كان ردعيه منتهذا قبل القضاء ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين الآن يحوله القاضي إلى القيمة بقضائه لتحقيق الجزع رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيئا فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا وهو نظير الاجل في حق العين فانه لا يعتبر فيما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي

الدية) واضع وقوله (ولنا أن القياس ياباه) أي القياس يابى إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تنافي والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلناه في معناه من حيث كونه ما لا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لان الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الاظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصود (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعني لا يترتب الحكم على الحكمة

وقوله (لان الواجب الاصلى المثل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا وقع الى القاضى وتحقق العجز عن استغناء النفس لمافي من معنى العقوبة بتحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءها من وقته) أى من وقت القضاء (كفى ولد المغرور) فان قيمته انما يجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء معذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين واهذا هو ذلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعد من قبل (٣٢٩) بقوله لان الواجب بالقضاء على ما بين وقوله (وهذا)

أى قول القدرى روجه الله لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنتين ينقص منها (اشارة الى أنه يجوز أن يزداد على أربعة من جميع الدينة) فاذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدينة تسعة وأثنا عشر وليس كذلك فان مجدا رجه الله نص على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدينة في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة أو ستة أو ثمانية من كل واحد في كل سنة الادهرهم أو درهم وثلاث دراهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا رجه الله بمافهم من اشارة كلام القدرى ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضمن اليهم أقرب القبائل معناه نسباً) قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما في حق العجمي فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً بعد ذلك

ولو قتل عشرة قتل جلا خطا فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً بالجزء بالسكك اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كفى ولد المغرور وقال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته) لان نصرة بهم وهى المعتبرة في التعاقب قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنتين ينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدرى روجه الله في مختصره وهذا اشارة الى أنه يزداد على أربعة من جميع الدينة وقد نص محمد روجه الله على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدينة في ثلاثة سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الادهرهم أو درهم وثلاث دراهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تنسح القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسباً كل ذلك معنى التخفيف ويضم الاقرب فالأقرب على ترتيب العصابات ثم قال ذلك الشارح فان قيل هل هذا ليس في معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مر منه في أول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القاتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القاتل يعنى ابتداء وقالوا يحسن ربه عن دية تجب بسبب الصلح أو الابوة في القاتل العمد فانما في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المناقاة غير خاف على ذي مسكة (قوله ولو قتل عشرة وجلا خطا فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً بالجزء بالسكك) أقول قدم في كتاب الجنائيات أنه اذا قتل جماعة واحد اعمد اقتص من جميعهم وقالوا في بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القاتل لا يتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحشية فوجب القصاص على جميعهم فلقاتل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحد اخطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كفى العمد بناء على أن القاتل لا يتجزأ وقدم في كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى باربع ديات في ضربه واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل في الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته) قال الشارح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا وقع الى القاضى وتحقق العجز عن استغناء النفس لمافي من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخطا حتى يتحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطا انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمنوا ثمنه فدية مسلمة الى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير دية مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا قاتل القاتل بمقابلته ذلك نعم ان قوله تعالى فاعمدوا عليه عث ما عتدى عليكم كان يقتضى باطلا فانه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ

(قوله ويضم الاقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم) صورته اذا جنى واحد من أولاد حسين مثل لا يكون موجب الجنابة عليهم وان لم تنسح هذه القبيلة لذلك ضم اليها قبيلة الحسن ثم بنوهم فان لم تنسح

(٤٣ - (تكملة الفقه والكفاية) - (تاسع) إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً بعد ذلك اختلاف المشايخ رجه الله فقال بعضهم يعتبر الحال والقرى الاقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في قال المصنف لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لاحكم الاحكامه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته لان نصرة بهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للملابسة والمعنى لان نصرة القبيلة لم تنسح به (قوله بمافهم من اشارة كلام القدرى) أقول من العنشتين في قوله بما

الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقيل يدخلون اقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربع وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرابات اذ لم يتسع له ذلك أهل رابطة ضم اليهم أقرب الرابات يعنى أقربهم نصرة اذا خرجهم أمرا الاقرب فالأقرب ويغوص ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدائها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي أخطر تبة منها لأن ترى انما لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالديته في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة أشهر ويخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الديته وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطيت في كل سنة فرضت الديته في الاعطية دون الارزاق لانه أسير اما لان الاعطية أكثر ولان الرزق لكفاية الوقت فيتيسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان فائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

مخصصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتلهم ومناخطا فقير برقبته مؤتمنة قدومه مسلمة الى أهله وما يخص به من ذلك كان وجوب الديته في القتل خطأ منصوفا عليهم من قبل رب العزة نابتا قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي وان أرادوا أن ضمان المتلفات معاد النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم بالجملة ولكن لا يجدي شيئا فماتن فيه كلابي (قوله وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربع وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الابناء فكثرة الاخوة فمنوع كيف واخوته أبناء أبيه فاذا جاز أن يكثروا أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثروا أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالديته في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج القاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الديته فان المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق أن يجعل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب

هاتان القيلتان لذلك تضم اليهما قبيلة عقيل ثم بنوهم (قوله وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل) أي عند الشافعي ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار وخسة دراهم لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكاة وأدائها في ما يجب في الزكاة نصف دينار وخسة دراهم وانما أن الإيجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذافي القاتل دون الكثير وهذا صلة واجبة أمر وبادا ثم اعلى وجه التبرع فلا يباغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقص من ذلك لأن ترى انها لا تجب في أصول أموالهم وانما تجب فيما هو صلة وهو العطاء تحقيقا للتخفيف (قوله وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر) أي سدس السدس

مال الجاني وقوله (فيسوي بين الكل) يعنى الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكنوا مقاتلة والباقى ظاهر

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لا يلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في المغرب الرزق ما يخرج للعبد عن رأس كل شهر وفيه يومين والمرزقة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يثبتوا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء انتهى

قال (وَادْخُلِ الْقَاتِلَ مَعَ الْعَاقِلَةِ فَيَكُونُ فِيمَا يُؤْدِي كَأَحَدِهِمْ) لانه هو الفاعل فلا معنى لانواجهه ومؤاخذه غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا فلنا يجب السكك الجاني به ولا كذلك ايجاب الجزاء ولو كان الخاطئ معذورا فالبري منه أولى قال الله تعالى ولا تزرر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي والامرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصره لتركهم مراقبته

وقوعا ومثله هذا ليس بهز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض لكونها قاتمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيهم فرضت الدية في أعطيتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضوعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الأول الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما سما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في أعطيتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضوع الأول قط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضوع الثاني أولا بقوله ففرق ما بينهما سما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما سما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وهو ليس برضى عند صاحب المغرب فنسب ذلك القول إلى صاحب المغرب نفسه واراذا النظر عليه ليس كينبغي والعجب ههنا من صاحب الغاية أنه خص بالذكر من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لمساخيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق بآي ذلك القول جدا (قوله) وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل انما يكون كاحد العاقل في أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذ لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقفي أثره في تقيد هذه المسئلة بالوجه المزبور وكثير الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندى اذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرة بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله وأما اذ لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا يلزم أن لا يجب الدية على العاقلة أيضا فيما اذ لم يكن القاتل ولا عاقلة من أهل العطاء لعدم امكان الأخذ من الاعطيات هناك لافي حق القاتل ولا في حق

(قوله) وادخل القاتل في العاقلة أي اذا كان من أهل العطاء في الديوان أما اذ لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا

وقوله (وَادْخُلِ الْقَاتِلَ مَعَ الْعَاقِلَةِ) يعني اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذ لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضا كما لا يجب عند الشافعي رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح (قال المصنف قال الله تعالى ولا تزرر وازرة وزر أخرى) أقول قال القاضي في تفسيره أي ولا تحمل نفس آئمة اثم نفس أخرى وقال القاضي في تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبلنا ولا تفعلوا خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لاثبات المسالمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أي لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم المنع أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم من الدية) قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبيل المعاقل فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تعدد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذ لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تعدد رأوى لاننا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المزوم فيتحقق الا لازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينبغي على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن (٣٣٢) قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قاتل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد

والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزئه من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا لا يوجد فيه ما هو الغرض لهما من العطاء للمعونة بالنصرة كقرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهم (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لأهل مصر فانهم اذا خرج بهم امر استنصر واهبهم فيقتلهم أهل مصر باعتبار معنى القرب في النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بغيره والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جنايته من أهل مصر وليس له في الديوان عطاء

رحمهما انه القسامة عليها
تكرر الاعيان وذلك
تناقض البتة فالجواب أن
ذلك مذكور في سياق قوله
وان قوله وان لم تكمل
أهل المحلة خمسين كررت
الاعيان ومعناه لا يكمل
أهل المحلة خمسين من الصبي
والمرأة والعبد لانهم ليسوا
من أهل النصرة واليمين على
أهلها وأما ههنا فالقتيل
وجد في قرية فوجب عليها
نفسا لثمة القتل فانها
تتحقق منها وتبين من هذا
أن القسامة اذا وجبت
على جماعة تعلل بالنصرة
فمن كان أهلاً لها يدخل ومن
لا فلا يدخل الصبي والعبد
والمرأة واذا وجبت على
واحد تعلل بتمعة القتل
فمن كان من أهلها وجبت
عليه ومن لا فلا تدخل المرأة
واقطع علم قوله (والغرض
لها من العطاء) جواب
عما يقال فرض الامام
لنساء الغزاة وذوارجهم من
(قوله وهي قاتلة حقيقة)
أقول الواو حالية (قوله أو

عاقلته واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وشبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو العاقل فلا معنى لاجراجه ومواخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم) قال صاحب النهاية ان قوله هذا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة يتخالف المسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقبيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تعدد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذ لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تعدد رأوى لاننا نقول

(قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم من الدية) هذا يتخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين ان المرأة تدخل في النعم مع العاقلة الآن ذلك ليس بالاصل والرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكره هنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو اصل رواية محمد رحمه الله (قوله والغرض لهما من العطاء للمعونة) هذا جواب اشكال وهو أن يقال العطاء انما يدفع للنصرة أهل الاسلام كافي حق الغزاة ثم الغزاة تكون عواقل لغيرهم فكذلك النساء فاجاب أن العطاء انما يدفع للتناصر والغرض للصبيان في الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصرة أي باعتبار معونة الامام للصبي والمرأة (قوله وغيره) وهو العدو والحلف

بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الاصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والغرض لهما من العطاء للمعونة بالنصرة كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بنتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والحياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضغفهما فكان الغرض بالمعونة للنصرة ويجوز أن يقال الغرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما بل فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه في قول المصنف كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون الغرض بالنصرة لافى كونه للمعونة كما لا يخفى

العطاء والعطاء انما يدفع
بنصرة أهل الاسلام كما في
حق الغزاة ثم الغزاة عواقل
لغيرهم فكذا النساء
ورجعهما قال ان الدفع اليهن
باعتبار المعونة أي معونة
الامام لهما لا باعتبار
نصرتهما غيرهما
وقوله (وأهل البادية أقرب
اليه) يعني نسبا وقوله (قبل
هو صحيح) الضمير راجع
الى قوله لم يشترط أن يكون
بينه وبين أهل الديوان قرابة
وقوله (من أهل مصر)
بيان لقوله أهل الديوان أي
أهل الديوان الذين هم من
أهل مصر وقوله (وصار نظير
مسئلة الغيبة المنقطعة)
يعني أن للولي الأبعد أن
يزوج اذا كان الأقرب غائبا
وقوله (لا سيما في المعاني
العاصمة) كذا القسذف
والسرقة والقصاص ووجوب
الدية وقوله (فالدية في ماله
في ثلاث سنين) أي لا على
بيت المال لان النصرة
المرجوة للعقل غير موجودة
بين الذي والمسلم لانقطاع
الولاية بينهما بخلاف المسلم
فان ديتيه على بيت المال
اذا لم يوجد له عاقلة على
ظاهر الرواية وسجي وقوله
(وتمكنه من هذا القتل ليس
بنصرته) أي ليس بسبب
نصرة أهل الاسلام اياه

وأهل البادية أقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين
أهل الديوان قرابة قبل هو صحيح لان الذين يذبون عن أهل مصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل
الديوان من أهل مصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه
حيث قال وأهل البادية أقرب اليه من أهل مصر وهذا لان الواجب عليهم بحكم القرابة وأهل مصر أقرب
منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة (ولو كان البسدي نازلا في مصر
لا مسكن له فيه لا يعقله أهل مصر) لان أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل
عن أهل مصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم (وان كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل
أحدهم قتيلا فديته على عاقلة بمنزلة المسلم) لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني
العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث
سنين من يوم يقضى به عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الواجب على العاقل وانما يتحول عنه الى العاقلة
أن لو وجدت فاذ لم توجد بقيت عليه ماله تاجر من مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية
عليه في ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرته (ولا يعقل كافر عن مسلم
القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء
وقد تحقق المزموم فيحقق اللزوم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه
نظرا لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء
ممنوع فانه اذا وجد القتل في قرية امرأة فعند أي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها
شي من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون
وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الآن تعليلهم اياها بقولهم لاننا نزلناها
قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبل كتاب المعامل باب الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة
قاتلة بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة والا يتم تعليلهم المذكور لاعلى قاعدة الفقه ولا على
قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره
سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبل المعامل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل
في التحمل مع العاقلة الآن ذلك ليس باصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو
اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو اصل رواية محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة بخلاف ما مر

(قوله وأهل البادية أقرب) أي نسبا (قوله وقيل هو الصحيح) أي قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل
الديوان قرابة (قوله وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم) أي اذ قرابة لهم (قوله وصار نظير مسألة الغيبة
المنقطعة) أي صار كصغيرة لها وليان أحدهما أقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الأبعد
الحاضر لانه أقدر على اقامة مصالحها وهما أهل مصر أقرب مكانا فكانوا أقدر على النصرة من أهل البادية
وان كانوا أقرب نسبا (قوله لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار) كذا السرقة والقذف والقصاص
وجوب الدية (قوله كما في حق المسلم) أي تجب الدية في مال المسلم اذا لم يكن له عاقلة وهذه رواية عن أي
حنيفة رحمه الله وفي ظاهر الرواية يجب في بيت المال وفي المبسوط فرق بين المسلم والذي فان الجاني اذا كان
مسلم ولا عاقلة له فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية ولا يجب في مال الجاني والفرق أن العقل انما يجب على
غير الجاني باعتبار النصرة ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بان كان لقيطا فجماعة المسلمين أهل نصرته
فامكننا ايجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة بخلاف الذي فان جماعة المسلمين ليس من أهل نصرته
فالولاية بينهما بينهم منقطعة فتعذر ايجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجب في ماله (قوله
وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرته) أي تمكن الذي من هذا القتل ليس بنصرة أهل الاسلام اياه (قوله

ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة قالوا هذا اذ لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لانه طاع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله به اعطاء غول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال يوزر

قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قاتل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقله عند المتأخرين إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل أن القاتل اذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلته عند أبي حنيفة ومحمد ذهب المشايخ المتأخرون الى أنها تشارك العاقله في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت ثمة أيضا لتشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسألة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يبتنى على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة ولا عبدا قال ههنا لو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكررا لايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة تحسين كررت الاعيان فعنه لا يكمل أهل المحلة تحسين من المبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما هنا فالقتل وجد في قرية فتجب عليها انقباض التهمة القتل فانها تحقق منها وتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا تدخل المرأة الى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظرا أما أولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة تحسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة تحسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لانتفى صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا منصفين الى الغير لتكميل التحسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منصفين الى الغير متركوبا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتمدة اذا فرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل التحسين لا يستلزم عدم الصلاحية حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كائنتى وأما نائبا فلان ما ذكره من أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عندنا لا لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعده العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحد من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احدهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكيم بحث وأما عدم مساعده النقل فلانهم كانوا يعطلون وجوب القسامة والدية مطلعا بكل واحدة من العطين المذكورين كما لا يخفى على من يرجع المعنبرات وقد مررت الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب قد ذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جنائية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول يابى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقله بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان الذمة المذمومة تغيب العموم على ما عرف فالاولى في الجواب أن يقال المراد هنا نفي الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله به اعطاء غول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضى على عاقلته من أهل البصرة)

وقوله (لعدم التناصر) لان التعاقل يبنى على الموالاة وذلك بعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الالفاظا قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جنائية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على

لان الكفر كله مله واحدة) أي في أنه اعراض عن الحق واتباع الرسول وهـ اذا كان من ديانتهم أن العاقله يتحملون عن القاتل أما اذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القاتل (قوله غول ديوانه) أي بعد القتل

نذكرها وقوله (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للعالم وقوله (لكن حصّة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء وقوله (بخلاف ماذا قلت العاقلة) متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضي بدينه على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ماذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينه ما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المضمّلين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا بطلاله

الغالب (قال المصنف فاذا كان كذلك يحمل عن من يكون عاقلته عند القضاء) أقول فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر مرة وهذا التقصير انما وقع من أهل الكوفة فينبغي أن تجب عليهم

يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك يحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصّة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ماذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المضمّلين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا بطلاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وأيسر له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على أهل البصرة ولو كان قضي بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضي بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير البادية في أعطيائهم وان كان قضي بها لأول مرة في أموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في أموالهم وأعطيتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل

أقول لقاتل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعامل أن العاقلة انما تخص بالاضم الى القاتل في أداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصر من تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كذا ذهب اليه زفر لان الجناية انما تصدر عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدور جاعته انما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لاعلى أهل البصرة فكان ينبغي أن يقضى بالدية عليهم لاعلى أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكره هناك حكمة أن حصّة العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لاعلته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تشبيهه بما ذكره هناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقتضى أن يقضى بالدية على أهل البصرة لاعلى أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحولاً الى البصرة قبل القضاء لم يبق بحال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها للقضاء فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقّقاً للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر (قوله بخلاف ماذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناينة في شرح هذا المقام قوله بخلاف ماذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضي بدينه على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ماذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من

(قوله وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة) أي في هذه الحالة (قوله وكذا الوجوب على القاتل) النكته الاولى انما هي من حيث النظر الى الواجب والثانية باعتبار النظر الى محل الوجوب والخامس أن النظر الى الوجوب أو الى محل الوجوب يقتضى أن يكون المضمّل عنهم العاقلة الثانية (قوله بخلاف ماذا قلت العاقلة) بان ما من بعضهم يتعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء أي لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضي بدينه على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ماذا قلت حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب

وقوله (الكن يقضى ذلك) أو (٣٣٦) الأبل من مال العطاء بان يشترى الأبل من مال العطاء قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولا)

العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالأبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم أبدا لما فيمن ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أبسر قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولا) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى المولا يعقل عنه مولا وقبيلته) لانه ولأى يتناصر به فأشبهه ولأى العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقدم في كتاب الولاء قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الديّة وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العواقل عدا ولا عباد ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان الحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف

الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما ما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحمّلين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرر بحكم الاول لا بطلانه انتهى أقول مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضا نقل الديّة من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الديّة من أحد الى أحد قط بل اغنا فيه تكثير المتحمّلين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل يناهيه وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرر بحكم الاول لا بطلانه ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان أمر النقل في صورة القلة كذا في صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل توقف (قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الديّة وتحمل نصف عشر الديّة فصاعدا) قال في النهاية بقوله الدليل على أنها لا تحمّل مادون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عده ولا يتقدر أرشه فصاعدا كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقفي أثره صاحب العناية أقول رد عليه أن لكل مفصل من أصابع فيها ثلاثة مفصلات ثلث عشر الديّة كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل أصبع من الاصابع الـدين أو الرجلين عشر الديّة ثم قال وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفصلات ففي أحدها ثلث ديّة الاصبع فكان لكل مفصل من أصابع فيها ثلاثة مفصلات أرض مقدرة وأقل من نصف عشر الديّة ويجب القصاص في عده لا بحال لا مكان رعاية المماثلة التي هي معنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانقص به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال وبطل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرض مقدرة في نفسه فأشبهه ضمان الاموال ثم قال فان قيل أرض الغنّة مقدرة وهو ثلث ديّة الاصبع فينبغي أن تحمّل العاقلة قبل له ليس أرضها مقدرة بنفسها بل هو مقدرة بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شابهنا مادون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له أرض مقدرة بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قوله ان القصاص لا يجب في عده بحجج وندبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عدا ولا عباد ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة) قال أبو عبيد اختلغوا في ناول قوله عليه السلام

وان كان بعد القضاء مع أنه نقل الديّة من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل فاجاب عنه بقوله ان في ضم أقرب القبائل اليهم تقرر بالحكم الاول لا بطلانه (قوله لكن يقضى ذلك) أي الأبل من مال العطاء بان يشترى الأبل من مال العطاء (قوله ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الديّة) فيه اشكال وهو أن من قتل عبداً غير مخطأ وقيمه أقل من أرض الموضحة فان العاقلة تحمّل الآن الجواب عنه أن المراد منه فيما دون النفس فاما في النفس فالنص ورد بوجوب الديّة على العاقلة وهذا دية لان القيمة في العبد فاقمة مقام الديّة في الحر (قوله لا تعقل العاقلة عدا) صورته اذا كان القاتل أب المقتول (قوله ولا عبدا) قال أبو حنيفة

كلامه واضح وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الديّة) لان القصاص لا يجب في عده ولا يتقدر أرشه فصاعدا كضمان الاموال قبل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما بدل النفس فتحمله العاقلة وان كان أقل من نصف العشر لأن في ان القبيلة اذا كانت مائة كانت الديّة على عاقبتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبداً قيمته مائة وخمسون درهما فاقته تحمله العاقلة لان تحمّل بدل النفس ثابت بالنص وتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر ما تحمّل فيما دون النفس مقداره لوجود في التحمل لا النص ولا عاقبته فيجب ماله وقوله (ولا عبدا) قال

قال المصنف ومولى المولا يعقل عنه مولا وقبيلته أقول لا بد على قول من يقول لا يدخل الآباء والابناء في العاقلة لانهم لا يكترون من الفرق بين المولى وبينهم ولعل التزامه لاداء الديّة في العقد هو الفارق ولا جيل ذلك لم يعقل في المعتق مولا وقبيلته اذ لا التزام بالمقدّمه تأمل (قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلغوا في

ناول قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا فقال الى محمد بن الحسن النخعي ان يقتل العبد حر الخ) أقول قال الاتعاني واضح في ذلك بشئ واحد عن ابن عباس قال محمد بن عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن

أبو عبد اختلغوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن رجا الله انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاة شيء من جنائيه عبده انما جنائيه في رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يغديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حرا أو يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجره على (٣٢٧) كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان

المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسباق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عدا وسباقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعتبارا فإيدان على ذلك لان معناه عن عدو عن صلح وعن اعترا فإيدان على هذا قوله بعد هذا ولا تعقل العاقلة جنائية (الهمد) اضافة المصدر الى فاعله وأما اذ جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الا أن في الاقرار رجب الدين في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا

في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب السك على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تتركه بمار ويناو بماروي أنه عليه السلام أو جب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديارات فادونه يسلك به مسلك الاموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذ بالقياس قال (ولا تعقل العاقلة جنائية العبد ولا مالزم بالصلح أو باعترا فإيدان) لما روينا ولا لأنه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الا أن يصدقوه) لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولا به على أنفسهم (ومن أقر يقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة في الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولى الجنائية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلة بالكوفة بالبينة وكذب ما العاقلة فلا شيء على العاقلة) لان تصادقهما ليس بمحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة

لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاة شيء من جنائيه عبده انما جنائيه في رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يغديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حرا أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي أن في كلام العرب يقال عقلت القتل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسباق الحديث وهو قوله ولا تعقل العاقلة عدا حتى فهمته وأجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسباق الحديث وهو قوله ولا تعقل العاقلة عدا وسباقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعتبارا فإيدان على ذلك لان معناه عن عدو عن صلح وعن اعترا فإيدان على هذا قوله بعد هذا ولا تعقل العاقلة جنائية (الهمد) اضافة المصدر الى فاعله وأما اذ جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الا أن في الاقرار رجب الدين في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا

رجه الله هو أن يجنى العبد على الحر وقال ابن أبي ليلى هو أن يجنى الحر على العبد وصو به الاصمعي قال لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة رجا الله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل العاقلة عبدا فعلى (٤٣) - (تكملة الفتح والكفاية) - (تاسع)

عبدا لله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عدا ولا صلحا ولا اعتبارا ولا ما جنى المملوك قال محمد فلا ترى أنه قد جعل الجنائية جنائيا للمملوك (قوله) وأجيب بان عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تعقل العاقلة من قتل عبدا ولا من صولح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب الى أن المعنى ذلك

يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالاقتران لان الثابت بها كالثابت معا ينتفى القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى وقوله (وتصادقهما حاجتي حقهما) لان (٣٣٨) أحد المتصادقين ولى القتل ومن زعمه أن الدية إنما وجبت لاعلى المقر فاقاره حجة على

بالقضاء وتصادقهما حاجتي حقهما بخلاف الاول (الآن يكون له عطاء معهم فينبذ يلزمه بقدر خصته) لانه في حق حصته مقر على نفسه في حق العاقلة مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على بسبب اذ ليس كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل الخطأ اذ قد علم في كتاب الجنائيات وفي كتاب الدييات وفيما سر غير مرة في كتاب المعاقل وإنما الكلام ههنا أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ إنما يفيد كون الدية مؤجلة الى ثلاث سنين في هذه المسئلة لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية فيعيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة إنما تجب الدية بقضاء القاضى فهذا أولى وهذا ثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضى فلا حرج لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضى وتأجيل للدية تفرع وجوبه بالاحالة إنما يتصور والتأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لامن وقت الاقرار لان الثابت بالاقتران بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعائن الدية إنما تجب بقضاء القاضى فهنا أولى انتهى (قوله وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه كلام وهو انه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبد من عندنا بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بهم مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنالكا أن الاطراف يسلك بهم مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد بين طرف الحر والعبد فلا تتحمله العاقلة كما طرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حيث نذكره في تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور ههنا يجري هناك أيضا مع تخلف الحكم عنه وان كان مراد به ما ذكره في فصل بعد باب جنائيات المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره ههنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكتابة اما أنه لا يتم الدليل المذكور ههنا حيث نذكره على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر المالية والآدمية معاً في اطراف العبد وإنما يتم هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانه لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسئلة من فقهاء عيني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا

ما صوبه الاصمعي المراد أن تكون الجنائية على عبد فيما دون النفس (قوله بخلاف الاول) أراد به قوله والاقتران والصلح لا يلزمان العاقلة فيغفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وإنما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرور وفي المبسوط في قوله ولم يكن عليه شيء أي على المقر شيء في ماله لان ما تصادقا أن الواجب بقضاء القاضى تقرر على العاقلة وبعد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه وتصادقهما حاجتي حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة هو قضاء القاضى ولم يوجد أصلاً في قضى بها في مال المقر (قوله الا أن يكون له عطاء معهم) فينبذ يلزم بقدر حصته من ذلك لانه في مقدار حصته مقر على نفسه ومن تبين أن القاتل إنما يكون أحد العواقل عندنا اذا كان له عطاء في الديوان فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته

نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقتران والصلح لا يلزمان العاقلة فيغفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وإنما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرور فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضى فاذا تولى على العاقلة يجعدهم عاد الدين لى ذممة المحبيل أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقر عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضى لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

(قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى ولعل الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف في الثابت بالاقتران أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة

فلينأمل (قوله فيغفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الغفهم منه بعيد وعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله ديناً لدفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

عاقلة قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قول الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة بالغت وما دون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي أحد قوليه العاقلة تحمله كافي الحرق وقد مر من قبل قال أصحابنا أن القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أنخص من بعض بذلك وله ذلومات كان مبرأته ابيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله ووجهه أن الأصل أن يجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه إلا أن العاقلة تحمله تحقيقا للتخفيف على ما مر وأذا لم يكن له عاقلة عاددا لحكم الى الأصل (وابن الملا عنه تعقله عاقلة أمه) لان نسبه ثابت منها دون الأب (فان عقلا عنه ثم ادعاء الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان عند الكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الأب حيث بطل اللعان بالكاذب متى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملا وما كان واجبا على قوم الأب فبرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كفايته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدت الكفاية لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر خرم من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الأم عقلا عنهم فبرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صديقا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأم لان كان الأمر ثبت بالبيعة وفي مال الأم لان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الأم أو على عاقلة لان لديات يجب مؤجلة بطريق التيسير فالرضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والأصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاه بسبب أمر حادث لم تنتقل جانيته عن الأول فضى بها أولم يقض

فلا معنى لان يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على شكل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوليه تعمله كافي الحرق وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أى في أول فصل بعد باب جنابة المملوك واقتنى أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشرح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسر به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حواشيها غير راجحة قطعاً اذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملا

بقضاء القاضى فاذا قوى على العاقلة بمجودهم عاد الدين الى ذمة المهيمل قلنا هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينيا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا أصله لم يكن دينيا وانما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر فبعد ما تقر ر على العاقلة بقضاء القاضى لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أولم يستوف كذا في المبسوط (قوله قال أصحابنا أن القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) هذا اذا كان القاتل مسلما أما اذا كان ذميا ولا عاقلة له فالدية في ماله لا في بيت المال (قوله فكذا ما يلزم من الغرامة يلزم بيت المال) وفي فتاوى قاضخان روى محمد رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله أن من لا عاقلة له اذا قتل رجلا خطأ فان دية القاتل تكون في مال الجاني وذكري كتاب الولاء من الأصل أن بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا لاميراث بان كان حرا مسلما أو لم يكن مستحقا بان كان كافرا أو عبدا فقال لو كان حرا مسلما مشتا مشتا مشتا عبدا مسلما في دار الاسلام فاعتقه ثم عاد المسلمان الى دار الحرب ثم أسر وأخرج الى دار الاسلام ثم مات معتقه فبرأته يكون لبيت المال لان معتقه رقيق في الحال ولو جنى هذا المعتق فعقل جانيته يكون عليه ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وهو المعتق وان كان المعتق لا يستحق ميراثه لاجل الرق وهو الصحيح (قوله لانهم مضطرون في ذلك) حيث تحملا بازام القاضى وهذا في جهة التبرع (قوله والأصل الذي يخرج عليه) أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاه) قوله فانتقل بيان التبدل وصورة اذا تزوج عبد

وقوله (وقد مر من قبل)
أى في أول فصل بعد باب
جنابة المملوك وقوله (قال
أصحابنا رحمه الله ان القاتل
اذا لم يكن له عاقلة فالدية في
بيت المال) يعنى اذا كان
القاتل مسلما بدليل قوله
لان جماعة المسلمين هم أهل
النصرة والنصرة بالولاية
وهي منقطعة بيننا وبينهم
والباقي ظاهر وقوله (ثم
أدبت الكفاية) أى فانه
حينئذ يرجع قوم الأم على
الأب وقوله (والأصل الذي
يخرج عليه أن يقال حال
القاتل اذا تبدل حكما فانتقل
ولاؤه الى ولاه بسبب حادث
لم تنتقل جانيته عن الأولى
قضى بها القاضى أولم
يقض) كالمولود بين عبد
وحرة اذا جنى ثم أعتق العبد
لا يتحول الجناية عن عاقلة

الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكما انفسلام اذا خضر برقا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر زجل بغد ما اعتق أبوه فان القاضي يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شي لان الحادث بعد الخمر ولا العتاقة فاعتبر بالملك المأخوذ لو وجد في ملك ثم حدث فيه (٣٤٠) ملك آخر لغير قبيل الوقوع فان الجناية لا تقول الى الملك الحادث بل تبقى في الملك

الذي وجد فيه الخمر فان العبد اذا خضر برقا في طريق الملبس بغير اذن مولاه فقبل أن يقع فيه انساب باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فبات فاضمان على البائع لاعلى المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الخمر فكذا الاول الحادث بعد الخمر يعتبر به فلا تقول الجناية وان ظهرت حالة خفية مثل دية ولد الملائنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكذا اذا مات المكاتب عن ولد حر وفاء فلم يودوا مكا تبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة وولاه ابني يميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جناية نفسه قوم أمه ثم أدت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بمأدوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند أداء البديل يستند الى حال حياته فبين أنه كان للولد ولأم من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالى أبيه لذلك يرجعون على موالى الاب ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت القضاء كذا كرى في الكتاب في صورة

وان تاهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملائنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أولم يقع ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت القضاء كذا كرى في الكتاب في صورة

وان تاهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملائنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أولم يقع ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت القضاء كذا كرى في الكتاب في صورة

وان تاهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملائنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أولم يقع ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت القضاء كذا كرى في الكتاب في صورة

بمعققة قوم فولدت منه أولاد يكون ولاء الاولاد الى الام فاذا جنى الولد فالجناية على عاقلة الام فاذا تحملوا عنه ثم عتق الاب حر ولاء الولد الى نفسه بسبب حادث وهو العتق فلا ينتقل جنايته (قوله وان ظهرت حالة خفية) مثل دعوة ولد الملائنة يعني اذا قتل ابن الملائنة رجلا خطا فماتت منه عاقلة الام ثم ادعاه الاب بثبت منه نسب ورجعت عاقلة الام بمأدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي عاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين أن الدين واجب عليهم لانه عندا كذاب الاب نفسه يظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لان وقت الدعوة فتبين به أن عقل جنايته كان على عاقلة أبيه وأن قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي فيرجعون عليهم فصار حالهم مع عاقلة الاب كحال ولي الجناية وقد مر أن التاجيل ثمة من وقت القضاء لان وقت الجناية فكذا هنا وانما يرجعون في ثلاث سنين لانهم أدوا هكذا (قوله ولولم يختلف حال الجاني) ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت القضاء نظيره ما اذا كان القاتل من أهل الكوفة ولم يعطاه ولم يقض بالدية على عاقلة حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلة من أهل البصرة وعلى قول زفر رجه الله يقضى على عاقلة من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله أيضا (قوله وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أونة نصان اشترى كوافي حكم الجناية قبيل القضاء وبعده) نظير الزيادة ما حول ديوانه الى العاقلة بعد القضاء عليه بشارتهم المضموم اليهم فيما يودون بعد القبول ونظير النقصان ما اذا قتل العاقلة حتى يصيب الرجل في عطائه ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم وقد كان يصيبه قبل النقصان أقل من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم وان قتل العاقلة حتى يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ضم اليهم أقرب القبائل في النسب حتى يصيب في عطائه ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم وهذا لان في إيجاب الزيادة عليهم إيجابهم ولانه متى خرهم ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون بأقرب القبائل اليهم فكانوا في بعض الاحوال يستنصرونهم عند الحاجة فلذلك يضمون اليهم في تحمل العقل عند الحاجة والله أعلم

(كتاب الوصايا) * هذا الجناية قبل القضاء وبعده كذا قتل العاقلة بعد القضاء عليهم وبعده أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم وقوله (الا فيما سبق أدأوه) استثناء من قوله لا يشترى كوافي لا يشترى كون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم (كتاب الوصايا) *

هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا أو أواخره قال صبغة الجمع لا تنشئ في الأول الحقيقي والآخري
الحقيقي وانما الخاص من ذلك تعميم الأول والآخري للحقيقي والاضافي ويمكن أن يقلل أيضا لما كان مذكور في
كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا ككتاب الوصايا آخر
الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصي
به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية يوصون بها وفي الشرع تعليق مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع
سواء كان ذلك في الاعيان أو في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا
الايصاء في اللغة طاب فسل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشرع تعليق مضاف الى
ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهم هذا
المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل
مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا
بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الاطفا كما أنهم موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه
أيضا طلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده لكن بشرط
استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالحي في المعنى الثاني فينبغي أن يكون ذكر المسائل المذكورة على
أنهم من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده تحقيقا ليس بشيء أما أولا فلان التي
تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية
المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا يقال أو وصي لحقوق الله
تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أو وصي اليها كما لا يخفى فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي
ذكرها من قبل اذ لم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط وأما ثانيا فلان مسائل التسبغات الواقعة من
الانسان في مرض موته بطريق التبرع مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجي وفي
الكتاب ولا يرب في عدم شمول شيء من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل فبقي أمر التطفل في حق تلك
المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فإن أمن كان ارتكاب جميعها في لفظ واحد بتناويل بعلم عدم
عموم المترك عندنا فبقيا بان بعد تحقيقا كما ذكرنا ذلك القائل ثم أقول الوجه في التخصي عن أمر التطفل في
حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما
بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ويقترب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث
قال هي إيجاب بعد الموت فانهم يشبهون تلك المسائل حلة كما لا يخفى على المتأمل والوجه في التخصي عن أمر
التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب
النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبه الموصي في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات
فيه انتموه فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر
التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقي وشرائطها كون الموصي
أهلا للتبرع وأن لا يكون مدبونا أو كونه الموصي له حياة وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين
اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا
وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا بآية الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصي به شيئا قابلا
للتملك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون بقدر
الثالث حتى انهم لا تصح فيما زاد على الثالث كذا في النهاية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل
خلل أما أولا لانه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مدبونا بدون التقيد بان يكون الدين مستغفرا
لتركته والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما مرح به في البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه
ركن الوصية قوله أو وصيت بكذا الغلان وشرطها كون الموصي أهلا للتملك والموصي له أهلا للترك

(باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)
 ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر
 أحوال الأدي في الدنيا الموت و (٢٤٢) الوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائز والديات لما أن الجنائز

(باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

جعل من شرائطها كون الموصي له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه
 ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على
 حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأجل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور
 في عامة المعبرات عند بينان هذا الشرط أن يكون الموصي له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة
 أصلا وأما ثالثا فلا نه جعل من شرائطها أن يكون الموصي به مقدارا للثالث لا زائدا عليه وهو ليس بسديد على
 الطلاقة فان الموصي اذا ترك ورثة فإما لا تصح وصيته بما زاد على الثالث ان لم تجزه الورثة وان أجاز وهو صحت
 وصيته به وأما ما ذل لم يترك وارثا فصحت وصيته بما زاد على الثالث حتى بجميع ماله عندنا كما تقر في موضعه
 فلا بد من التقيد مرتين مرة بان يكون له وارث وأخرى بان لا يجيزه الوارث

(باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

قال بغض المتأخرين في حل هذا الترتيب أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال في
 ظاهر الابدال يفيد أن المراد بيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به أن
 المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالأولى إرادته بالوفاة العاطفة انتهى أقول فيه خلل
 فاحش أما أولا فلا فانه ذلك مسالك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال أي ما يجوز
 منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقديران مع في قوله ما يجوز من ذلك
 لا يصح في قوله وما يستحب منه ما دلل في جنس الوصية ما يجوز من الجواز وعدمه لكونه مانقضا لغيره فانه
 عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قيد
 كل واحد منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبق من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه
 حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وعدم الجواز عدم صحة
 طرف الفعل أصلا لا مجرد رفع التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما
 ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لا نأقول نفي الاستحباب بع الجواز والوجوب وعدم
 صحة طرف الفعل أصلا فنأين بدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولئن
 سلم جواز إرادة ذلك به يفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية
 فيخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد ما لا يركب محمل صحيح
 قط فالصواب ان لا تقدر في شيء من كلام المصنف ههنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب
 والرجوع عنها أي كونها رجوعا عنها وهذا الصفات كلها حاصله مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة
 الى تقدير شيء أصلا حتى عدم الجواز فانه صفة الوصية الغير الشرعية وعنوان الباب إنما كان في صفة الوصية
 الشرعية نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا
 الجائزة الشرعية لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب وأما ما نأين فلان قوله لكن
 الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر
 ذلك ولا نسلم أن أحدا سواه صرح به وإنما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله
 الوصية غير واجبة وهي مستحبة لأن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)*

قد تفضي الى الموت الذي
 وقته وقت الوصية والوصية
 اسم بمعنى المصدر ثم سمي
 الموصي به وصية وهي في
 الشرعة تملك مضاف الى
 ما بعد الموت بطريق التبرع
 وسببها سبب التبرعات
 وشرائطها كون الموصي أهلا
 للتبرع وأن لا يكون مدبونا
 وكون الموصي له حيا وقت
 الوصية وان لم يولد وأجنبيا
 عن الميراث وأن لا يكون قاتلا
 وكون الموصي به بعد موت
 الموصي شيئا قابلا للتمليك
 من الغير بعدد من العقود
 حال حياة الموصي سواء
 كان موجودا في الحال أو
 معدوما وأن يكون بمقدار
 الثلث وركتها أن يقول
 أو صحت بكذا فلان وما
 يجزى مجزاه من الالفاظ
 المستعملة فيها وأما حكم
 الوصية في حق الموصي له
 أن يملك الموصي به مملوكا
 جديدا كما في الهبة وفي حق
 الموصي أقامة الموصي به
 فيما أوصى به مقام نفسه
 كالوارث وصفها ما ذكره

(كتاب الوصايا)

*(باب في صفة الوصية ما يجوز
 من ذلك وما يستحب منه وما
 يكون رجوعا عنه)*
 (قوله وسببها سبب
 التبرعات) أقول وهو طلب
 زيادة الزلف في العقب كما
 مر في الوقت (قوله

وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع وأن لا يكون مدبونا) أقول أي مدبونا مستغفرا لانه كنه (قوله)
 وأجنبيا عن الميراث) أقول أي وقت الموت (قوله وأن لا يكون قاتلا) أقول قال في البدائع وأن لا يكون حريا غير مستان فان كان لا تصح
 الوصية من مسلم أو دمي

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حاله زال ما ملكته ولو أضيف الى حال قيامها بان قبل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسنه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باماله مقصر في عقله فاذا عرض له المرض وخاف البيان يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التقريط بما له على وجهه لمضى فيه يتحقق مقصده المألى ولو أنتم هذه البره بصره الى مطلبه الحالى وفى شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله فى الاجارة بيناه

الوصية غير واجبة وهي مستحبة لا يرى أنهم انما ذكرها ماصحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها الا عند شرح قول المصنف باب فى صفة الوصية الخ وكرهين المقامين وأمانا لنا فلان قوله فالاولى ابراده بالوالد العاطفة لا يكاد يصح ادخله اوردته المصنف بالوالد العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة فى قوله باب فى صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كجزءه القائل لصار معنى الكلام باب فى صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغو من الكلام لكونه تكراراً محضاً فكأن هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالاولى ابراده بالوالد العاطفة واعلمى انه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول اعلمكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يناسب ما مر فى عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سأتى فى الكتاب من أن الوصية بالثلث للاجنبى جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم الآن توجه قوله وهي مستحبة بان المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لأنهم مستحبة على الإطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن برده عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التى فرط فيها الظاهر أن الواجبة كما مر به الامام الزبلى فى التبيين قال فى العناية أخذ من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقر بين اذا كانوا من لا يرثون فرض ولقول من يقول

والموصى به بعد موت الموصى ما لا قابلية للتملك وحكمها أن ملكه الموصى له ملكاً جديداً كما تملك بالهبة (قوله الوصية غير واجبة) انما ذكر قوله وهي مستحبة بعد قوله غير واجبة لنفى قول بعض الناس الوصية للوالدين والاقر بين اذا كانوا من لا يرثون فرض وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار واستدلوا بظاهر قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيرا الوصية للوالدين والاقر بين والمكتوب علينا يكون فرضاً وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين اذ وصيته مكتوبة عند رأسه ولنا أنهم مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوباً وهو تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع فى حال الحياة وقد تلو منسوخ آية الموارث وما رواه وهو شاهد فيما تيم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول على أنه كان فى الابتداء قبل نزول آية الموارث والمراد ان ذلك لا يلىق بطريق الاحتياط أو الاخذ بمكارم الاخلاق كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شعبان وجاره طوا الى جنبه (قوله والقياس يابى جوازها) لما ذكر من الدليل أو لان الوجوه فاما أن يزول عن ملك الموصى ويدخل فى ملك الموصى له قبل القبول كالارث وهو باطل لانه لا قدرته على ازاله ملكه الى غيره الا برضاه أو يزول عن ملك الموصى ولا يصل فى ملك الموصى له ما لم يقبل وفيه جعل كونه مملوكاً لملك أو يزول عن ملك الموصى بل يبقى على حكم ملكه الى أن يقبل وهو باطل أيضاً لان الميت ليس باهل للملك الا أنا استحسننا جوازها بالكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والمنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصديق عليكم بثلاث أموالكم فى آخر أعمالكم الحديث واجماع الامة ولحاجة بعض الناس (قوله ومثله فى الاجارة بيناه) وهو أن القياس يابى جواز الاجارة لانهم

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة

رد لقول من يقول ان الوصية

لوالدين والاقر بين اذا كانوا

من لا يرثون فرض ولقول

من يقول الوصية واجبة على

كل أحد ممن له ثروة ويسار

لقوله تعالى كتب عليكم اذا

حضر أحدكم الموت ان تترك

خيرا الوصية للوالدين

والاقر بين والمكتوب علينا

فرض ولنا لم يفهم الاستحباب

من نفي الوجوب لجواز

الاجارة قال وهي مستحبة

والقياس يابى جوازها لانه

تمليك مضاف الى حاله زال

ما ملكته ولو أضافه الى حال

قيامها بان قال ملكتك غدا

كان باطلاً فهذا أولى الا أنا

استحسنه لحاجة الناس

اليها الى آخر ما ذكر فى

الكتاب وقوله (ومثله فى

الاجارة بيناه) فى أنهم اعتمد

باب القياس جوازها

لكونها مضافة الى زمان فى

المستقبل وكان جوازه

بالاستحسان لحاجة الناس

اليه

(قوله اذا كانوا من لا يرثون)

أقول بسبب الكفر أو الرق

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب) وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين إلى آخر ما ذكر (بيان لوجه الاستحسان وقد استدلل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق نفع الاسلام في أصوله (٣٤٤) وقرئناه في التقرير بربان الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة والوصية الاولى

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعمالكم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتهم وعليه إجماع الأمة ثم نصح للاجني في الثلث من غير إجازة الورثة لارينا وسنين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

الوصية واجبة على كل أحد ممن له روة يسار لقوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة دل على من يقول ان الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظر لان الفرض غير الواجب عندنا إذا الفرض ماثب بدليل قطعي والواجب ماثب بدليل ظني كما تقر في علم الأصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والأقربين بل الظاهر أن الرد بقوله ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوب تحريرها سماجة ظاهرة إذا الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا على ما قبل المتبادر أن تكون دليلا على قرنها ولا يلحق في أنها لا تصلح لان تكون دليلا على القول المثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين لأنه قد ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى فجاء أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على ألف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقضى ومستوفى في النهاية وغيرهما فلا علينا أن لاندكره ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتضى أثره الشارح العيني أقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللزم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفع اللهم الآن لا يجعل بان يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد انتفاءه قدح مقدم كونه فيه وهي قوله لانه تملك مضاف الى حال زوال المالكية لا كونه جوابا قاطعا له عن عرقه والوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تنبيه لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجوز تخليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد ليكون التخليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بان قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالمالكية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب) وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين قال صاحب العناية وقد استدلل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق نفع الاسلام في أصوله وقد قرئناه في التقرير بربان الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معودة

بيس المعدوم الا ما جوزناها باعتبار حاجة الناس

كما نتم معهوده فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان الحمل محل بيان ما فرض للوالدين وحسب رتبها على وصية نكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذ كر نفع الاسلام وجهها آخر وقد قرئناه في التقرير واستدلنا بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (إجماع الأمة) وقوله (لما روينا) إشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام بثلث أموالكم من غير تقييد بإجازة وقوله (وسنين ما هو الافضل فيه) أي في نعل الوصية أو في قدر الوصية

(قوله) فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا أو العبارة الصحيحة لربتها عليها (قوله) بل بعد أي وصية كانت نصيبها (ما) أقول ولنافية بحث فان دلالة ما ذكره على

عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة وانما دلالة على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضا وان وجد كيف ولورث الميراث على الوصية المفروضة لم يبدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود عليك بالتأمل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف

(ولا تجوز بما زاد على الثلث)
لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص (وهو ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار) قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعمدني فقلت يا رسول الله أفأوصي بمالي كله قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لا تدع أهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري أنك أن تدع دورك أغنياء خبير من أن تدعهم عامة يتكففون الناس

(قول المصنف ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد الثلث والثلث كثير) أقول قال النووي يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على أنه فاعل أي يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ مجذوف الخبر أو عكس والنصب على الإغراء أو على تقدير أعط الثلث

فإن الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليهما وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يريد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة فإن المواريث وإن لم ترتب في هذه الآية على الوصية الأولى المعهودة لكنها رتب على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصي بها فقد خلعت تلك الوصية الأولى أيضاً تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطابقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط إعادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضاً كما هو المذهب في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الإسلام فنسخ بآية المواريث بان قال فيه نظر لأن آية المواريث لا تعارضه بل تؤكد من حيث أنها تدل على تقديم الوصية مطاعاً انتهى ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهواً والعدالة الصحيحة لرتبه عليها اه أقول إنما السأهي نفسه لأن مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسياً بكلام الله تعالى فإنه تعالى قال في أول آية المواريث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي بامرهم ويعهد إليكم شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية يوصيكم الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهواً بل كان فيها عطف وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف قال بعض المتأخرين يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام أن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضاً أنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوّقه على الأصل لكن لا يعارض بقى الصراحة ولهذا استدلل عليه بما ذكروا ذلك انتهى أقول ليس هذا بسديد لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام أن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وأنما يدل على جواز الوصية بالثلث لجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنها بالنظر إلى ذلك الحديث فلامعنى أقوله وقوله عليه السلام أن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضاً ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوّقه على الأصل فإن بقاء ما فوّقه على أصل القياس ليس بمعدل لذلك الحديث أصلاً وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الآن لعائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضاً انتهى أقول هذا أيضاً ليس بتمام لأن نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الآن قوله عليه (قوله في حديث سعد بن أبي وقاص) وفي بعض النسخ سعد بن مالك رضي الله عنه روى أنه قال في مرضه لرسول الله عليه السلام أفأوصي بكل مالي فقال لا قال أفأوصي بنصف مالي قال لا قال أفأوصي بثلث مالي قال الثلث والثلث كثير أي لا تستقل الثلث والثلث كثير كاف

ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الآن
الشرع لم يظهره في حق الجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر
أنه لا يتصدق به عليهم تحريزا عما يتفق من الايثار على ما بينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر
الكبائر وفسر إياه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الآن يميز الورثة بعدموته وهم كبار) لأن
السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعطى الثلث أو أوصى الثلث
أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخسبر أي الثلث كاف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي يكفيك الثلث يدل
على نفي الزيادة على الثلث فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه إذا فائدة في ذكر قوله والثلث
كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحصل عليه بالحالة وقد أشار إليه المصنف في
تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في وصيته
بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد بن أبي وقاص ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في
الاستدلال بحديث سعد أيضا منوع (قوله ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو
استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بأن قال ولأنه انعقد سبب زوال
أملكه عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت والموت بزلول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال
من كل وجه فإذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل قصور لأنه انما يمتنع فيما إذا وقعت
وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته إذ لا انعقد سبب الزوال إليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله
في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالأولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب
البدائع حيث قال ولأن الوصية بالمال يجب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله لا في قدر
الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تنضم إبطال حقهم وذلك لا يجوز من غير إجازتهم وسواء كانت وصيته في
المرض أو في الصحة لأن الوصية بإيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام إلى
هنا لفظه تدبر (قوله الآن يميز الورثة بعدموته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال
بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق
الثلث فقط لأنه لا يجوز هذه الوصية أصلا قال هنا فان قلت كيف يجوز أعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله
دون بعض وباى توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا
متعددة فان يجعل مثلاً قوله أوصيت لفلان ثلثي مال في قوة أوصيته بثلثه وثلثه الآخر و يجعل قوله أوصيت
له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبالعين إلى غير
ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغائب ما أمكن وحذروا عن إبطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز
تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما هم فهمه انتهى أقول حسب أنه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة
معنى المقام ولم يدرك أنه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاءه شئ واحد فساد بعض آخره ليس يستبعد
لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه ألا يرى أنهم صرحوا بأنه اذا جع بين عبد ومدير في بيع بصفة واحدة أو
جاء بين عبد ومكاتب أو أم ولد في بيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم إليه من المدير أو
المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى إلى الآخر وكذا الحال فيما اذا جع بين
الاختصاص أو أختها في النكاح والحذور بحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا أو ما اذا
كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شئ ذي أجزاء ومحل الفساد بعضا آخره كما في ما نحن فيه فلا محذور
فيه عقلا أصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بل أمر داع إليه وصيانة كلام العاقل عن
الانعامهما أمكن والحذر عن إبطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو إليه أصلا فمنا نحن فيه
لأن الغاء الوصية نهيما فضل عن الثلث إذ أدره الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع
سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أبقى على حالها الظاهرة من كلامه

وقوله (وهذا لأنه) ظاهر
والضمير البارز في قوله لم
يظهره وأظهره للاستغناء
وقوله (تحريزا عما يتفق من
الايثار) أي احترازا عما
يوجد من ناذي البعض
وطبيعة الرحم بسبب ايثار
البعض على البعض (على
ما بينه) يعني عند قوله
بعدها ولا يجوز لوارثه
وقد جاء في الحديث الحيف
في الوصية يروى بالحاء
المهملة وسكون الياء وهو
الظلم وروى الجنف بالجيم
والنون المفتوحين وهو
الميل وقوله (الآن يميز
الورثة) استثناء من قوله
ولا يجوز بما زاد على الثلث

(قال المصنف وهذا لأنه انعقد
سبب الزوال إليهم) أقول
فسرقي بين انعقاد السبب
وتحققه كما يعلم من الكافي
حيث قال لأن المرض سبب
الموت والموت بزلول ملكه
لاستغنائه عنه ولو تحقق
السبب لزال من كل وجه
فإذا انعقد ثبت ضرب حق
انتهى وفي مباحث العسلة
من كتب الأصول أن المرض
علة تشبه الأسباب

الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولامعتبر باجازتهم في حال حياته) لان ما قبل ثبوت الحق اذا الحق ثبت عند الموت فكان لهم أن ردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا أقدم من متلاشي

وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح فاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن ردوه بعد وفاته وتقر به لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن ردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولاً فلا لانه لا وجه لان يقال أن اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلاً كما صرح به فيما قبل وبينوا السقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الأصل لكن زال ذلك الداع الأبرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلاً وأما ثانياً فلا يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدر بكونه وله المذكور تعليلاً لما ذكره بمسألة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركا كنهه وبعده عن شأن المصنف والحق عندي أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوتهم والساقط متلاش لا يعود لهم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (ولكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا أقدم من متلاشي) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بروهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا أنه يستند الى أول المرض فيما الموت يظهر أن حقهم كان ثابتاً قبل الموت فينبغي أن تصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فاجاب بان الاستناد انما يظهر في حق القائم كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانها تصح اذا كان العقد عليه قائماً وكتبه الملك في المغصوب عند أداء الضمان وهذا أي مانحن فيمن الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشي لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائماً فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير أشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية وقال صاحب العناية في تقريره بالسؤال والجواب هنا فان قيل لان نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها فصادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد فاجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبه الملك في المغصوب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيهم - ما استند الى أول العقد والغصب وهذا يعني مانحن فيمن الاجازة قد مضى وتلاشي حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يحقها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقريره بالسؤال لان نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين وقال في آخر تقريره بالجواب تعليلاً لا لقول المصنف وهذا أقدم من متلاشي اذ لم يصادف محله وعدم مصادفة المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤال فحقهم

(قوله لان الساقط متلاش) متصل بقوله فكان لهم أن ردوه أي كان لهم أن ردوا ما اجازوا في حال حياة مورثهم لان اجازتهم في ذلك كانت ساقطة غير معتبرة لعدم مصادفتها محلها وكل ساقط متلاش فلا يتوقف الى موت المورث حتى تنقلب معتبرة بعد الموت (قوله غاية الامر أنه يستند) أي ثبوت الحق يستند عند الاجازة الى ما بعد الموت أي اذا اجازوه الوارثة يستند ثبوت الحق في الزائد على الثلث للمواري الى أول المرض لان حق الورثة يتعلق بالتركتين من أول المرض وهم بالاجازة أسقطوا حقهم في الزائد على الثلث فثبت أن الاجازة لاقت محلها فلم يكن لهم أن ردوه بعد الموت وفي بعض النسخ عند الاستغناء مكان قوله عند الاجازة فعلى هذا يكون المعنى غاية الامر أن ثبوت الحق للوارث يستند عند الموت الى أول المرض فيكون اجازة الورثة حال

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان لهم أن ردوه بعد وفاته وتقر به لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن ردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لان نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها فصادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد فاجاب بقوله (غاية الامر) يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبه الملك في المغصوب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيهم ما استند الى أول العقد والغصب (وهذا) يعني مانحن فيمن الاجازة قد مضى وتلاشي حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد

وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر يقرر به حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله بمجرد حق الملك (فلواسند) ملكه الى
أزل المرض (من كل وجه لا نقبل الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا
لوهـم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منعه ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك
التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلاب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما
مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قاب الحق
حقيقة وإما أن لا يكون هذا القلب (٣٤٨) مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق

ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت بمجرد الحق فلواسند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا
ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث وأجازة البقية في حكمه ما ذكرناه
الجواب به مصادرة كمالا يخفى (قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت بمجرد الحق) قال بعض الفضلاء
ظاهرة مخالف لما سبق آنفا من قوله اذا الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد
بخلاف ما سبق كمالا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة المغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت
بمجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجمع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل
موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة الى آخره والمراد
بالحق في قوله فيما سبق آنفا اذا الحق يثبت عند الموت هو الحق الجامع للحقيقة دلالة مخالفة أصلا وإما
الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد اذ فرغ تحقق حقيقة الملك التي
تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يجعل على ذلك قول المصنف وقبله يثبت بمجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى
ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلواسند من كل وجه لا نقبل حقيقة قبله) يعني لو اسند
ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لا نقبل الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم
قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العنايه وانما قيد بقوله من كل وجه دفع لوهـم من يقول حق الورثة
يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منعه ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك
التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلاب الحق حقيقة
من كل وجه وهو لا يجوز لما انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم
بالاجازة أيضا لانقلاب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك
التعلق بمجرد تعاقب حقهم بمال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا

حياة الموصي حال ثبوت الحق فكان ينبغي أن تصح الاجازة ولا ترد بعد الموت لكن الاستناد يظهر في القائم
وهذا قد مضى وتلاشى أي الاجازة قبل الموت تلاشت واضمحلت فلا يظهر هذا الاستناد في حقه فلا يعتبر
(قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت) أي ولان حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت الموصي وقبله يثبت
بمجرد الحق فلواسند حقيقة الملك عند الاجازة في حال حياة الموصي لزم ثبوت الملك حقيقة للموصي له في
الزيادة على الثلث بدون اجازة الورثة لان اجازتهم حال حياة الموصي انما لاقت حق الملك لهم لا حقيقة الملك
فلواسند من كل وجه وانقلب حق الملك حقيقة يلزم ثبوت الملك للموصي له في الزيادة على الثلث بدون
رضاهم اذ الرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة (قوله في حكمه ما ذكرناه) أي تعتبر الاجازة

بخلاف الاجازة فان السبب
لم يتحقق ثمة لان السبب هو
مرض الموت ومرض الموت
هو المنصل بالموت فقبل
الاتصال لو انقلب الحق
حقيقة وقع الحكم قبل
السبب وهو باطل فنحن
بين أمرين إما أن نبطل
العفو عن الجرح نظر الى
عدم الحقيقة وإما أن نجيز
الاجازة فنظر الى وجود الحق
وفي ذلك ابطال لأحدهما
فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا
الى انتفاء الحقيقة وجاز
العفو نظرا الى وجود الحق
ولم نمكس لكون العفو
مطلوب الحصول وقوله
(والرضا ببطلان الحق
لا يكون رضا ببطلان
الحقيقة) جواب عما يقال
الاجازة اسقاطا للوارث
لحقه رضاه فكان كسائر
الاسقاطات وقيل لا رجوع
فكذا فيها وجهه انه قد
عرف أن ثمة حقيقة
وانما رضى ببطلان الحق
لا ببطلان الحقيقة لان الرضا

(وكل)

ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجودها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت بمجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذا الحق يثبت عند الموت
الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كمالا يخفى (قال المصنف فلواسند من كل وجه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى
بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كافي السكافي لكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلواسند الى أول
المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه) أقول أي جرح خطأ (قوله وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول
الاولى وإما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانع بقوله باطلا فأنمل فان لم يفي السبب وجهها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا
يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المنصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المنصل بالموت فلا
فرق ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال لأحدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز بأجازة الوارث يملكه المجازة من قبل الموصي) ذكره تفرغ على مسئلة القدور ويوجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال، ولو كالأورث لأن الميراث ثبت للوارث بغير (٣٤٩) قبوله ولا يرتد بده فجازته تكون

أخراجه من ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض ولنا أن الموصي صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب ثبت منه الملاك وكل ذلك ظاهر فالوصي له يملك من الموصي وقوله (والأجازة رفع المانع) جواب عن جعل الأجازة أخراجا عن الملك يعني أن الأجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وإنما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار مانعا فيه كالميراث إذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري ثبت من قبله فجازة الميراث من رفع المانع وعوض بان الوارث أن أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مال كافيا يكون التملك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالأجازة واسقاط الحقوق المالية معبر من الثلث وإن لم يكن تملكيا كالعتق والفائدة تظهر فيما إذا أجاز في مشاع يجهل القسمة فإن الأجازة معه وتعتبر ملكا للموصي له قبل التسليم

(وكل ما جاز بأجازة الوارث يملكه المجازة من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والأجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالميراث إذا أجاز بيع

اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببدهي ولم يعم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار أجازتهم قبل الموت أيضا اجتهدا ما ثبت أن أبي ليلى والزهري والأوزاعي وعطاء وغيرهم كذا كروا ثم قال صاحب العناية فإن قيل الوارث إذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة وإما أن لا يصح كون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد يتحقق بخلاف الأجازة فإن السبب لم يتحقق فمحلان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل ففحن بين أمرين إما أن تبطل العفو عن الجرح نظر إلى عدم الحقيقة وإما أن نجبر الأجازة نظرا إلى وجود الحق وفي ذلك إبطال لاحدهما فقلنا لا نجوز الأجازة نظرا إلى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا إلى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيسقط لانه قوله ففحن بين أمرين الخ مفرعا على ما قبله ليس بسديد أما أولا فلان قوله وإما أن نجبر الأجازة نظرا إلى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قررنا قبل أن ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع إذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وأن السبب لم يتحقق في صورة الأجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وإما ثانيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضاء مجوز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قررناه فيما قبل وما ذكر في المكاتب يمنع جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله ففحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء الجواب عن النقض بعبارة الوارث عن جرح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فقهه له صاحب النهاية ومع سراج الدراية ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال ففحن بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شئ من كلامه يستقيم أما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجرح لا تكر فيه إلى أن يموت المجرع حتى يقال إن السبب هو الجرح المتصل بالموت بل وإنما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجرح إلا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فإنه حالة انتفاءية تتكرر وتحدد إلى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال ففحن بين أمرين الخ فلان فاء التفرع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له خبرة بالسلب الكلام (قوله وكل ما جاز بأجازة الوارث يملكه المجازة من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث) قال صاحب النهاية والعناية بوجه قول الشافعي أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال، ولو كالأورث لأن

بعد الموت لا قبله (قوله وكل ما جاز بأجازة الوارث يملكه المجازة من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي رحمه الله من الوارث وثمرة هذا الاختلاف تظهر في مسائل حتى صحت هذه الأجازة عندنا في مشاع يجهل القسمة ويصير ملكا للموصي له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعد الأجازة وعند الشافعي ينفذ بتمن الوارث حتى أنه إن سلم إليه يصح وإن لم يسلم إليه بطل ولا يجبر عليه كذا في المبسوط والصحيح قولنا لأن الأجازة لازالة المانع والحكم بضاف إلى السبب لا إلى ازالة المانع (قوله وليس من شرطه القبض) أي عندنا لأن المجازة يملكه من جهة الموصي لا من جهة الوارث فلا يشترط القبض

ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التملك من جهة الوارث انعكست هذه الأحكام لكون الأجازة حينئذ هبة

(قوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون رد الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لا انعكست هذه الأحكام) أقول كالحكم الشافعي

قال (ولا تجوز للقاتل عايدا كان أو خاطئا الخ) لا يجوز الوصية لمباشر القتل عايدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل (ولانه استجمل ما أخره الله فيجزم الوصية بحرم الميراث) ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشاركة بين المقدس والمقدس عليهما كل وجه غير ملتزم ولعل التعصبي عن عهدة كونه قياسا على طريقته عسر جدا وسلك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية (٣٥٠) للقاتل) مطلقا لانه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه

الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عايدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيجزم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعند لا تبطل والحجة عليه ما بيناه

الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا برئ بده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك لا يتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا قول قد قصر وافي تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا ينتمى فيها اذا كان ما أجازته الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة اجازته الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكرنا من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث والقاتل والاجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة متبذرة لانها تملك بلا عوض انتهى فانه يعلم الكل ثم ان الصحيح في هذا المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عايدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل) أقول للقاتل أن يقول أن هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم ثلث أموالكم في آخر أعمالكم زيادة لكم في أعمالكم ثم عومها حيث شتم أو قال حيث أحببتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الاحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصوصا لعموم ذلك الحديث الا خوفا مما ينصور ذلك عند ثبوت تاخر وروده هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضوا وينساقط في حق الوصية للقاتل قال هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فن أن يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واخرج ما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية للقاتل وهذا نص و يروى أنه قال ليس للقاتل شيء ذكره الشيئ نكره في محل النفي فيم الميراث والوصية جميعا به تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الورد وهو لم يثبت قط ولو ثبت تاخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصوصا لكتاب الله تعالى لكونه خبرا واحدا ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره فكتاب الله تعالى كما عرفت فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيجزم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق

(اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعند لا تبطل والحجة عليه ما بيناه) يعني فيما اذا كان القاتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلا فلا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتاخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القاتل بعد الوصية ما اذا كان الجرح قبلها فلا استجبال ثمة وأجيب بجعل الجراح مستجيلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القاتل مؤثرا عن الوصية واعترض بنية اجبالي بان ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التسدير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرط العتق وقد وجد ولكن بسعي المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الردم من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الردفير من حيث المعنى بأجباب السعاية

(ولو)

جعل شرط العتق قد وجد ولكن بسعي المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الردم من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الردفير من حيث المعنى بأجباب السعاية

(قال المصنف ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيجزم الوصية) أقول فيه نامل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أن لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما نقول المعتزلة بل نقوله كما قلنا في ناول قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تزيد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثالا (قوله وسلك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القاتل مؤثرا من وقت الوصية) أقول فيه نامل

(ولو أجازته الوارثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنائنه باقستوالامتناع
لاجلها ولهم ما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنعيم بطلان الميراث ولا نفع لهم لا يرضونها
للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه
الا لوصية لوارث ولانه يتأذى البعض بأضرار البعض ففي تجوز نفعه قطعة الرحم

(ولو أجازت الوارثة الوصية
للقاتل جاز عند أبي حنيفة
ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز
لان جنائنه باقية والامتناع
لاجلها ولهم ما أن الامتناع
لحق الورثة) الى آخر ما ذكر
في السكاب فان قيل ما الفرق
بين ما وبين الميراث اذا أجازت
الوارثة حيث صحت الوصية
دون الميراث أجيب بان
الاجازة تصرف من العبد
فتعمل فيما كان من جهة
العبد والوصية ممن جهة العبد
فتعمل فيه بخلاف الميراث
فانه من جهة الشرع لا يصنع
للعبد فيه فلا يعمل فيه
تصرف العبد وقوله (ولا نفع
لا يرضونها) أي الوصية
(للقاتل كما لا يرضونها
لاحدهم) أي لا أحد الورثة
وفي الوصية لاحدهم ان
أجازها البقية نفذت فكذا
القاتل وقوله (ولا تجوز
لوارثه) أي لوارث الموصي
لقوله عليه السلام ان الله
أعطى كل ذي حق حقه ألا
لاوصية لوارث ولانه يتأذى
البعض) الى آخر ما ذكر
في السكاب

واختلاف الدين وأجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغاظة الورثة مقاساة قاتل أبيهم في تركته
والموصي له يشاركه في هذا المعنى لجازا القاس عليه والمشايع بين المقدس والمقيس عليهما من كل وجه غير ملتزم
انتهى أقول لا الرد شي ولا الجواب أما الاول فلان التعليل المذكور في السكاب لا يدل على قياس الحرمان من
الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في صورتين
المرئيتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعله الاستحجال بفعل محظور
وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير مضمقة في صورتين الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيها وأما
الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغاظة الورثة مقاساة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف
ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اجازة ما تر الوارثة ياباه وتركهم المغاظة كما جازت الوصية له عند
أبي حنيفة ومحمد جه ما افقه اذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضا لو كان الامر كذلك لزم أن
لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعنا والحق أن سبب حرمان
القاتل عن الميراث صدور جنابة عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بالبلغ الوجوه وقد
جعلها الشرع حرمانا عن الميراث والقاتل الموصي له يشاركه في هذا المعنى لجازا قياس حرمانه عن الوصية على
حرمانه عن الميراث واليه أشار المصنف بقوله ولانه استجمل ما أخره الله تعالى يعني استجمله بارتكاب جنائنه
عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جنابة عظيمة
فيستدعي الزجر بالبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب
العناية ولعل التقصص عن عهده كونه قياسا على طريق تناسل عسر جدا وسلاسل طريق الدلالة أسهل انتهى أقول
فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحقيقا في المحق
بالدلالة بطريق الاولوية أو بالتساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على أصل أبي
حنيفة ومحمد فان المعنى المقصود لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر باجازة الورثة أصلا ولهاذا
لا يرث القاتل سواء أجازها الورثة أو لم تجز بخلاف المعنى المقصود لحرمانه عن الوصية فانه يتغير ويتكسر
باجازة الوارثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا أصبح الوصية له عندهما اذا أجازتها الورثة كما سطلع عليه عن قريب
فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن
الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس
الفقهى ولا الاحتياط بطريق الدلالة بل كان مراده مجرد التنافي والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما
يحرم الميراث لم يدل عليه العقل بلا احتياج اليه فان استحجال القاتل ما أخره الله تعالى حرم عظيم يستدعي حرمانه
عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلا وتسقط
الكلمات المتعلقة به بخلافها كما لا يخفى (قوله ولهم ما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم
كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلها هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على

(قوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) انما جاع بين ما بطريق التشبيه من حيث مجرد
النفع العائد اليهم عند بطلانها لا غير وان كان بينهم ما افتراق من حيث ان الوصية لو لحقتها الاجازة تصح
والميراث لا يصح وان أجبروا وانما افتراقا لان اجازة العبد ورده انما يعمل فيما كان من جهة العبد والوصية
تتملك من جهة العبد فجاز ان تعمل الاجازة فيها ولا كذلك الميراث لانه من جهة الشرع لا يصح للعبد فيه

ولانه حيف بالحديث الذي رويناه و يعتبر كونه وارثا أو غدير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تخليق مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث في هذا الظاهر الوصية) لانهم اوصية حكما حتى تنفذ من الثلث

الا ملاق اذ قد تقرر فيما مر أن الشرع لم يستبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للأجانب وان لم يجزها الورثة و فيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يصور أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بشام لان مجرد نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضي كونه في الارث أيضا لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضا باجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حديث محض في الوصية دون الميراث أوجب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف من العبد انتهى أقول فيه انظر لان الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما ما بان أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع انظر الى دليلهما وفي كونهما من جهة العبد انظر الى صدور سبهما وهو القتل عن العبد فامعنى أن تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع أحدهما دون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا من ميراثه من المقتول فلم لا يجوز أن تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنع (قوله ولانه حيف بالحديث الذي رويناه) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خص بعض أولاده في العطية انتهى أقول هذا خط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خص بعض أولاده في العطية بل لم يتقدم منه ثم ذكر تلك المسئلة قط فكيف تصور الحوالة عليه بما هنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو اشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة

فلا تعمل فيه اجازة العبد لذلك والمعنى ان نفع بطلانها كان عائدا اليهم كان الموصي به قط حقههم والورثة بالاجازة اسقطوا حقهم فيجوز قوله ولا نهم لا يرضونها للقاتل وهذا التعليل لبيان ان امتناع وصية القاتل لحق الورثة باعتبار أنهم لا يرضونها ظاهرا كما لا يرضونها لاحد منهم ثم الورثة لو رضوا الوصية لاحد منهم تجوز فكذا للقاتل وما قاله أبو يوسف رحمه الله لان جنايته باقية والامتناع لاجلها أي حرمانه كان بطريق العقوبة قلنا لا نسلم انه كان بطريق العقوبة ألا ترى أنه يستوي فيه الخاطئ والعامد وان كان الخاطئ لا يستحق العقوبة وانما حرمانه دفع الغيط عن الورثة حتى لا يشاركهم في مال أبيهم من سعي في قتله وهذا ينعدم باجازة الورثة أو ما الصبي فهو بمنزل من الغيط لقصور عقله فلا يغيط فعله الورثة مثل غيط البالغ اياهم فلا يثبت في حق ما ثبت في البالغ (قوله و يعتبر كونه وارثا أو غدير وارث وقت الموت) حتى لو أوصى لاختيه ولا بن له ثم ولد له ابن تصح وصيته لاختيه بخلاف ما لو أوصى لاختيه وله ابن ثم مات ابنه تبطل الوصية وفي فتاوى قاضيان ولو أوصى لاختوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أن لا نالناهم لا يرضون مع الابن فان كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللأخ لام وتبطل الوصية للاخ لاب وأم لأنه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لانه لا يرثه وتبطل الوصية للاخ لاب وأم وللأخ لام لانهم ما يرثانه

وقوله (بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خص بعض أولاده في العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا أو غدير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى قاضيان ولو أوصى لاختوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أن لا نالناهم لا يرضون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللأخ لام وتبطل الوصية للاخ لاب وأم لأنه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لانه لا يرثه وتبطل الوصية للاخ لاب وأم وللأخ لام لانهم ما يرثانه

وبطلت للاخ لاب وأم ولاخ لام لانهم ساءرناه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أى على عكس الوصية بتأويل الایضاء أو المذکور أى يعتبر فى الاقرار لا وقت الموت ذكر فى النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر بكونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لولا هذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث (٣٥٣) ولو أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن إطلاق المصنف بغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محررا وما فلا يكون اقرار الوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمعروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف فى الحال

على الثالث والوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أى على عكس الوصية بتأويل الایضاء وقال صاحب العناية أى على عكس الوصية بتأويل الایضاء أو المذکور ورد عليه التاويل الثانى بعض الفضلاء بان قال الوصية هى المذكورة بالهاء المذکور فالاولى أو ما ذكر انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هى المذكورة ببناء التانيث لا المذکور لأن لو كان الالف واللام فى اسم المفعول حرف تعريف وقد تقر فى علم الادب أن الالف واللام فى اسم الفاعل والمفعول عند غير المازنى من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فيثبت بصير لفظ المذکور فى معنى ما ذكره فعود الضمير المستتر فى اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذى هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث فى لفظ ذلك الموصول فانه فى اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث أيضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر فى كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذکور وما ذكره فى جواز تذكير الصلة نظر الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤنث الذى عبر عنه بضمير المذکور أو باسم الاشارة المذکور فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفسير أيضا بالمذکور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقوله بتأويل المذکور فى أمثال هذا المقام أن يقال بتأويل الشئ المذکور على أن يقدر الموصوف المذکور كان الامر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا فى تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه أى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لولا هذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر فى النهاية على الوجه المزبور وأرى أن إطلاق المصنف بغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محررا وما فلا يكون اقرار الوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمعروم فيكون

(قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) أى يعتبر كونه وارثا وغیر وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب تجدد بعد الاقرار كما اذا أقر لأجنبيته ثم تزوجها وان ورت بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار كما اذا أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا

(٤٥) - (تكملة الفتح والكفاية) - (تاسع) أو الرقيق أو وهبه وسلمه أو أقر له بدين فاسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبه فلما سمر أن المعتبر فيه حال الموت وأما الاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو النبوة قائم وقت الاقرار فيورث نعمة الايتا وفصار باعتبار التهمة له قبا بالوصايا وذلك كمن أقر لاختيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفتهم لما ذكره صاحب النهاية فتماته (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس بمعروم) أقول فيه بحث فانه يقتضى أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما المذموم بتين الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

أوصى المريض لابنه الكافر

فيعتبر بذلك وقت الاقرار قال (الآن تجبرها الورثة) ويرى هذا الاستثناء فيما روي بناءه ولان الامتناع لحقهم فجزوا باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجبر بقدر حصته ولو لا يته عليه بطل في حق الراد

وارنا عند الاقرار وان كان محجوباً بالقرار للوارث باطل انتهى أقول فيه نظران مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعجب به ويقابل المحروم وليس بسدبداً ولو كان مراده بالوارث هنالك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثاً وغير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضاً ذلك والالم يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان أمر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هنالك أيضاً ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى أن الموصي له اذا كان محجوباً باذن الميراث عنده وموت الموصي تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعاً ما ذكره الامام قاضيان في فتاواه ونقله الشراح بأسره عن من قبل وهو أنه لو أوصى لآخرته الثلاثة المنقرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً لانهم لا يرون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب والاخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لأنه يرث مع البنات وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لأنه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللخ لام لانهم ما يرثونه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بأن لا يكون محروماً ولا محجوباً فاحتج الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب الغاية رد على صاحب النهاية ههنا وجه آخر حيث قال وذكر في وصايا الجامع الصغير لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصراني أو عبدهم أسلم الابن أو اعتق العبد ثم مات الرجل فلا قرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائماً وهو القرابة التي صار بها وارثاً في ثانی الحال ثم قال فعن هذا عرفت أن ما ذكره بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبدهم أعقب ثم مات الابن وهو من ورثته فاقراه بالدين جائز لان كسب العبد ولو لا هذا الاقرار حصل من المريض في المعنى للمولى وهو اجنبى منه اهـ أقول السامع هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذي نسب السهو اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلاً من كُتُب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سباني واعترف صاحب الغاية أيضاً بمقتضى بان صدور الشهيد وغيره ذكر وما ذكره المصنف هنالك نقلاً عن كُتُب الاقرار فما قاله هنامن أنه سهو منه لا يصح نقله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كُتُب الاقرار ومثل هذا ليس بعز في كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد أن فسّر قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثاً وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثاً لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثاً زمان الموت ولو لم يكن وقت الاقرار وارثاً يصح الاقرار وان صار وارثاً زمان الموت لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملكه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثاً لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثاً زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كُتُب الاقرار حيث قال ولو اقر للوارث ثم خرج من أن يكون وارثاً بان أقر لاخ له ثم ولده ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالصة من الاختلال في بعض مواضعها تركها وبيان اختلالها مخافة عن الاطنان الممل

وقال يفر وجه الله اقراره صح لان الاقرار موجب للحق بنفسه فانما يتنظر الى حالة الاقرار وقد حصل ان يس هو وارث فلا يبطل بصبر ورثه وارثاً بعد ذلك كالأول لاجنبية ثم تزوجها وبهذا فارق الهمزة والوصية لانه مضاف الى ما بعد الموت حقيقة أو حكماً ولنا أنه وارث بسبب كان قائماً وقت الاقرار فتبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل وهذا لان الحكم مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائماً وقت الاقرار تثبت صفة الورثة للمقر له من ذلك الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت وارثة بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يتبين ان الاقرار حين حصل كان للوارث وبخلاف ما لو اقر لابنه بدين وابنه عبده

وقوله (الآن تجبرها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويرى هذا الاستثناء فيما روي بناءه ولان الامتناع لحقهم فجزوا باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجبر بقدر حصته ولو لا يته عليه بطل في حق الراد

قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذي وعكسها جائزة فلما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلواكم في الدين الا شيئا توفي النهي عن البر اليهم والوصية لهم بالبر فكانت غير منهيبة وأما الثاني فلما ذكره في الكتاب وأما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الرويتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك وأما وصية الحربى بعد ما دخل دارنا ما بان فانها جائزة لانه ولا ية تخليص ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلا لانه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق وورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثته الحربى ليست كذلك

قال المصنف والثاني لانهم بعقد الذمة ساوا المسلمين في المعاملات أقول لاختصاص لهذا الدليل بالثاني بل بعم الاول أيضا قوله وانما جعل هذا التصديق أفضل أقول فيه بحث

قال (و يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلواكم في الدين الا شيئا وانما لا ينهيهم بعقد الذمة ساوا المسلمين في المعاملات ولهنا حاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن

(قوله) قال ويجوز أن يوصى المسلم للكافر قال في الكفاية أراد به الذي بدليل التعديل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أنه قوله ويجوز أن يوصى المسلم للكافر لفظ القسود وري والتعديل ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على ارادة القسود وري بالكافر الذي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد باهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية طرعى هو في دارهم باطلة كما ذكر في السكافي وغيره فبقى الحربى المستأمن خارجا عن مسألة الجامع الصغير فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذي دون ما يعم الحربى المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصى المسلم للحربى المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصى للذي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعديل الذي ذكره المصنف بالذي دليلا على حل المصنف مراد القسود وري بالكافر على الذي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القسود وري بذلك في نفسه هو الذي وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حل المصنف أيضا اياه على الذي فقط كما لا يخفى (قوله) وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة قال شرح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الرويتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل جاز وثبت الملك لانهم من أهل الملك انتهى واقفى أنهم صاحب السكافي وشرح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يابى التوفيق المذكور جدا فقد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يقيد الملك بخلاف الفاسد منها فإنه يقيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربى حيث قال وفي شرح الطحاوى قالوا ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى واختلاف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للمسلم أن يوصى للحربى كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا المذكور في السير الكبير أن الوصية للحربى باطلة والصواب المذكور رتبة لو أوصى مسلم حربى والحربى في دار الحرب لا تجوز فان خرج الحربى الموصى له الى دار الاسلام بامن وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان أجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هذا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المشار اليه ذكر في عامته الكتاب وعزاه الى السكافي والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربى ايس في دارهم وهو المستأمن فان الحربى ما دام في دار الحرب من يقاتلنا بخلاف المستأمن فانه ليس

ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جاز لان كسب العبد ملولاه فهذا الاقرار حصل عن المريض في المعنى للمولى وانه أجنبي منه وبان صار العبد من ورثته بسبب قاعم وقت الاقرار لا يبطل ذلك الاقرار (قوله) ويجوز أن يوصى المسلم للكافر أراد به الذي بدليل التعديل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لاهل الحرب باطلة ولا يقال الوصية تحت الميراث والكافر لا يرث من المسلم لان الوصية ليست بعيراث مطلقا لانها تشبه الهدية تمن حيث انه يملك بتمليك الموصى فالحقناه بالهدية توفي الجامع الصغير الوصية للحربى هو في دارهم

الذين قاتلوهم في الدين الآية قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لأن أو أن ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كالأية تعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منه ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا أن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى

كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لأوصى مسلح لم يجرى في دار الحرب لا يجوز أن ينتهي فكيف يمكن أن يكون المستامن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به ملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بما دون الثلث انتهى أقول خبط ذلك القائل في تحريم هذا خبط عنده لأن بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به ملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لأن الذي ينبغي أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكأنه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخط في تحريمه حيث عكس الامر (قوله ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما ينبغي التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فواجب التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لازادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها لتحقيق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تغويت صلة القريب عن أصلها أي بالسكية وليس في التنقيص تغويت الصدقة بالسكية بل فيه تغويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا ففضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما معا أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولقائل أن يقول قد حكم فيما مر أن غايات الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فإمعن النظر في هذا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط بثبوت الملك للموصى له والوصية تشبه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتملك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام يمكننا من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بعد الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا وقبلوا في الاستحسان

باطلة لانها روضة وقد نهي عن برمن بقا قلنا قوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وفي السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي أن يفعل فان فعل جاز (قوله ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث) روى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قالان يوصى بالجلس أحب البنا من أن يوصى بالربيع ولا يوصى بالربيع أحب البنا من أن يوصى بالثلث للكاشع العدو والذي أعرض ولا شك تشبه الكاشع ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشع العدو والذي أضر العدو في كشحه وانما جعل هذا التصرف أفضل لان التصديق على المحب الصديق مما تميل اليه النفس لمحبهه وصدقاته وفي القريب الكاشع المنظور اليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه لان نفسه لا تدعوه الى التصديق عليه فكان ترجيح معنى القرابة في الاحسان أولى من ترجيح جانب المحبة خصوصاً اذا كان ذلك متضمناً لمخالفة النفس

لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشع ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرباء جميعا وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي والترك هبة من القريب والأولى أولى لأنه ينبغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه بخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخبيرين قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لفرقه وأحد قول الشافعي هو يقول الوصية أخت الميراث أذكر منها خلافا لما أنه انتقال ثم الأثر ثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية أثبات ملك جديد

قالوا إن كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث ليس بناظر إلى قوله أن يوصى الإنسان بل إلى قوله بدون الثلث أي مصب الأفاذة في ذلك الكلام قبله لا نفسه فإما لمعناه إلى أن التقيص من الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي أن يكون التقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف في تعليقه لأن في التقيص مصلحة القريب بترك ما له عليهم وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكيفية أولى من التقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور فبين المصنف ذلك بما قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما رثوا فتركها بالكيفية أولى وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن تردده وتغصيه ههنا مخالفا لما سبق أن قابل كان بلا حجة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشع) والكاشع العدو الذي أولى كشعه وهو ما بين الخصومة إلى الضلع وقيل الكاشع هو الذي أضمر العداوة في كشعه وانما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها أقول في نفسه شيء وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشع لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم القريب وقد تبين به بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره بأداة التعليل إلا أن قوله ولذلك لم يصدره بأداة التعليل لا يجدي نفعه لأن ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره بأداة التعليل أو لم يصدر به وأولها صدره صاحب الكافي بالإلام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشع ثم إن بعض المتأخرين كانه قصد دفع ذلك القصور وإصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الأول كبراه مطلوبه وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلهما مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشع فإنه بصر يحيدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشع من الصدقة على ذي رحم غير كاشع وتخصيص الكاشع بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا بتمام فإنا إن كنا نمنع قوله فإنه بصر يحيدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشع من الصدقة على ذي رحم غير كاشع غنغ جدا قوله وتخصيص الكاشع بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي الرحم فإن تخصيص الكاشع بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأثير في أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشعا تأثيرا فيها ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشع أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشع لأن في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل توقف (قوله وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي والترك هبة من القريب والأولى أولى) أقول لما منع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقا إذا الأجنبي الموصى له فديكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية وقهرها فكان هو أولى لاحتالة (قوله والموصى به يملك بالقبول) أي بالقبول بعدم موت الموصى وبعدم

وقوله (ويستحب أن يوصى الإنسان) واضح وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل وإليه الإشارة في قوله أنك أن تدع عيالك الحديث ومعناه ورثتك أقرب إليك من الأجانب فترك المال لهم خير من الوصية وهو مروى عن أبي بكر وعمر فالأول يوصى بالرجس أحب البنا من أن يوصى بالرجس ولأن يوصى بالرجس أحب البنا من أن يوصى بالثلث والكاشع العدو الذي أولى كشعه وهو ما بين الخصومة إلى الضلع وقيل الكاشع الذي أضمر العداوة في كشعه وانما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله (والموصى به يملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا

(قال المصنف وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشع) أقول هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره بأداة التعليل

وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يبعده معيبا فإنه لا يرد على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لانسأ ثم يباع شيئا من التركة وتوجد المشتري به عيبا لا يرد على الموصى

(٣٥٨)

ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره إلا بقوله أما لو رآته خلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول قال (الافى مسئلة واحدة وهى أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كمثل المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الغش من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فإذا مات دخل في ملكه كفى البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع وأبدأ ببدأ بالاهم فالاهم (الآن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتتغذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي تصح إذا كان في وجوه الخير لان عمر رضى الله عنه أجاز وصية يافع أو يافع وهو الذي رافق الحلم ولأنه نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفي ولولم تنفذ يبق على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولأن قوله غير ملزم وفي صحيح وصيته قول بالزام قوله

له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الردف للصورتين جميعا كما في الوارث وقوله (ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره إلا بقوله) للاستبعاد على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك قبل قبوله لربما تضرر فإنه لو أوصى له بعد أمي وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه أو أمثال ذلك كثيرة وقوله (الافى مسئلة واحدة) استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعني الافى مسئلة واحدة فأنها تلك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعني في الحكم فان قيل هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبي) كلام واضح وقوله (ولولم تنفذ يبق على غيره) يعني إذا نفذ الوصية كان ماله باقيا على نفسه فإنه يحصل له بسببها نيل الزلفي والدرجة العليا ولولم تنفذ يبق ماله على غيره فكان الوصية أولى

من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله) ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يبعده معيبا فإنه لا يرد على بائعه وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لانسأ ثم يباع شيئا من التركة وتوجد المشتري به عيبا لا يرد على الموصى له انتهى أقول في تصور الثاني بما ذكرنا نظر لان الموصى إذا باع شيئا من الموصى به يصير راجعا عن وصيته كما سيجيء تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية المشتري ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب لرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة ببيعته وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقرير (قوله) ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحجج والركاة والكفارات فأنها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في التعليل البسط بان يقال لانه حق العبد وأداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما إذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفاتنة كاللحج والزكاة ونحوهما وأيا ما كان يقدم الدين عليها أمانى الشق الاول فظاهر لان أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لاحتجالة وأمانى الشق الثاني فلان الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتمعا لاحتياج العبدون الله تعالى كما عرف في تحله

القبول يلزمه ولا يصح رده على ورثته بلا رضاهم لانه بالرد يملك لهم (قوله الافى مسئلة واحدة) وهو أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس أن تبطل الوصية وفي بعض المواضع القياس أن يكون ورثته بمنزلة في الرد والقبول وفي الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا أو قبلوا (قوله) ولا تصح وصية الصبي أى سواء مات قبل الادراك أو بعده وقال الشافعي رحمه الله تصح إذا كان في وجوه الخير لانه نظره إلى نفسه في نيل الزلفي قال الشافعي رحمه الله على هذه الذكوة لا يلزم من عدم صحة اسلامه فان اسلامه لا يصح بنفسه وقبول الهبة والصدقة لا تصح منه مع ان في كل منهما نظره لان ما فيه منفعة الصبي إذا ما كان فحصوله له بولي لا يعتبر فيه عقله ورشده والاسلام يحصل له بغيره وكذلك قبول الهبة والصدقة فالما كنساب الاجر بالوصية فلا يمكن تحصيله له بغيره

(قوله) ثم يباع شيئا من التركة أقول أى يباع الموصى (قوله)

لا يرد على اوصى له) أقول بعدم موت الموصى (قال المصنف فإنه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الرضا با واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كالأبني

والاثر

وقوله (والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعني كان بالغالم بمحض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية الشيء باسم ما كان عليه أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفته وردبانه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنته عمه بمال فكيف يصح التأويل بكونه بأفعاء مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله (أنه أوصى لابنته عمه بمال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفته قال الطحاوي والاحتجاج بهذا القول لا يصح من الشافعي لأنه مرسل لأنه رواه يعقوب بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وإن كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا البتة على الآيات فأنهم تبادل على أن الصبي ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحزر الثواب) جواب عن قوله ولأنه نظره بصرفه (٣٥٩) إلى نفسه في نيل الزلفي وقوله (كأيناه) إشارة إلى قوله فالترك أولى

لما فيه من الصدقة على القريب الخ فإنه يغيد ما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كله يقول سلمنا أن الوصية تحصل الثواب دون تركها لكن المعبر في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وإن أمكن أن يكون نافعا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج بانحتها الموصلة الحسناء لتكون ذلك من العوارض (قوله وردبانه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً) إلى قوله نقله بمعناه أقول الرد لا نقافي وفي شرح الوجيز للرافعي في وصية الصبي المبرور يديره قولان أرجحهما عند الأستاذ أبي منصور أنهما صححان لما روى أن غلاماً من غسان

والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفته وذلك جائز عندنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته كأيناه والمعبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبر به بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيه وإن كان يتفق بأفعاء في بعض الأحوال وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا إذا قال إذا أدركت فتلت مالى فلان وصية لقوم وأهليته فلا يملكه تجهيزاً وتعليقاً كفي الطلاق والعناق

(قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً) يعني كان بالغالم بمحض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية الشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية بغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفته وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندى لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنته عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال أنه كان أدرك لكن سمي غلاماً مجازاً لأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم انتهى ورده صاحب الغاية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال وردبانه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنته عمه بمال فكيف يصح التأويل بكونه بأفعاء مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله أنه أوصى لابنته عمه بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفته أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولاً فإنه إذا كان لفظ اليافع في الآثار المزبور مجازاً عن كان بالغالم بمحض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد في ذلك الأمر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانياً فلأن قوله وقوله أنه أوصى لابنته عمه بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفته ممنوع جداً عن معنى أوصى له بمال ملكه إياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفته لا يكاد أن يكون مملوكاً لغيره كالأختفى نعم لو كان المروي في الآثار أنه أوصى لابنته عمه بكلمة إلى بدل كلمة اللام لم يلزم التثنية لأن معنى أوصى إليه جعله وصياً فيجوز أن تكون ابنته عمه وصية في تجهيزه وأمر دفته ولما كان المروي في ذلك أنه أوصى لابنته عمه بمال لم يبق للتأويل المسد كور مجال (قوله وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته كأيناه) قال في العناية قوله يحزر

(قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً) يعني كان هو بالغاً ولكن كان لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية الشيء باسم ما كان عليه لم يستغفران وصيته كانت لعمل القرية أو لغيره كذا في المبسوط (قوله كفي الطلاق والعناق) أي لا يملكها تجهيزاً أو تعليقاً

حضرة الوفاة قوله عشرين فإوصى لابنته عمه له وله وارث فرفعت القضية إلى عمر فأجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة ولأن الوصية لا تنزل ملكية في الحال وتنفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثاني وهو الظاهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة إنهما باطلان كهيته واعتاقه وذلك لأنه لا عبارة وله ولا يصح بيعه وإن كان فيه غبطة انتهى (قوله) وقوله أنه أوصى لابنته عمه بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفته) أقول لو أريد بذلك لقليل إلى ابنته عمه (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا البتة على الآيات) أقول هذه الآية آتية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول فيه بحث فإن التساوي فيه متعريف ولذلك أورده المصنف بصيغة التثنية (قوله كأنه يقول سلمنا أن الوصية تحصل الثواب) أقول فيه بحث فإن الوصية تقع مضبوطاً ليس كالطلاق وغيره فليست

والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من أهله وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد أو المكاتب اذا اعتقت فثلث مالى وصية يصح (لان أهليتهما مستتمة) أى تامته والمنايع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المنايع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تجبزه لان الاضافة الى العتق صححة كما رأينا وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني فى باب الحنفى فى ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير وماعرف (٣٦٠) ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملاكه فيما استقبل فهو حر عتق فملك لم يعق

بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهما مستتمة والمنايع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التسبرع وقيل على قول أبى حنيفة لا تصح وعندهما تصح رد لها الى مكاتب يقول كل مملوك أملاكه فيما استقبل فهو حر عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استغلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين صلح خليفة فى الارث فكذلك فى الوصية اذ هي أخته إلا أنه يريد بالرد لما فيه من معنى التملك

الثواب جواب عن قوله ولانه نظره بصرفه الى نفسه فى نيل الزاني وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لمافيه من الصدقة على القريب فانه يفيد اما فضلية الترك فى الثواب أو تساويه فانه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى من الصدقة الى آخره أى الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهى عند قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما انتهى فى صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى ولانه نظره بصرفه الى نفسه فى نيل الزاني فى صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما فضلية الترك فى الثواب أو تساويه فانه فى افضلية متعينة حينئذ فلامعنى للترديد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به ملك بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجزى كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا فى ضرورة ان كانوا أغنياء الاعلى القول الضعيف المذكور هناك بقبول وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن فرع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما فى العناية بوفيه أن التساوى مبنى على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه فى المقصود وانتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه فى المقصود ليس بصحيح اذا افضلية للترك فى ضرورة ان كانت الورثة أغنياء بل افضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سببان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعى ولانه نظره بصرفه الى نفسه فى نيل الزاني ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته فى صورة ان كانوا أغنياء بالالتصيب بالقول الضعيف فى تلك المسئلة وهو تساوى الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر احرار الثواب بتركها فتحقت الحاجة الى ذكر التساوى ليم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا ورد بعض الغضلاء على ما فى العناية ما أورد ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه فى المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوى فيه ضعيف ولذلك البعض أورد المصنف بصيغة التبرع انتهى (قوله وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية)

(قوله فتصح اضافته الى حال سقوطه) كما اذا قال اذا اعتقت فثلث مالى لفلان (قوله رد لها الى مكاتبه يقول كل مملوك أملاكه فيما استقبل فهو حر عتق فملك والخلاف فيها معروف) أى عند أبى حنيفة رحمه الله لا يعق وعندهما يعق (قوله وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) وفى الجامع

عند أبى حنيفة وعق عندهما هما ان ذكر المالك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرب ولا بى حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثانى غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق ينصرف اليه الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للعمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة (وبالجل) كما اذا أوصى بما فى بطن جاريتهم ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود فى البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى واختاره المصنف وصححه الاسيحاى فى شرح الكافى ومن وقت موت الموصى على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للعمل (فلانها) استغلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله بعد

موته لانه يملكه فى الحال والاستغلاف يصلح للجنين ان نافذ الوصية لانها مأخوذتان فان قيل لو كانتا أختين لما جاوز ردها كما لم يجز ردها بأبى بقوله (الا أنه) أى فعل الوصية أو الایضاء (يريد بالرد لما فيه من التملك) دون المبررات لعدم ذلك فيه (قال المصنف وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة التى أوصى بحملها معتدة فانه حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين الوصية أو حين موت الموصى فى كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافى أيضا

بخلاف الهبة لانها تخليك محض ولا ولاية لاحد عليه لملكه شياً

أى وتجوز الوصية للعمل مثل أن يقول أوصيت بثلاث مالى لى بطن فلانة وبالجل كما إذا أوصى بمائى بطن عاريته ولم يكن منه لى بشرط أن يعلم أنه موجود فى البطن وقت الوصية له أو به بأن جاءته لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى ومحمده الاسبيجاني فى شرح الكافى واختاره المصنف أو من وقت موت الموصى بأن جاءته لاقبل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث فى باب الوصايا والامام الاسبيجاني فى شرح الطحاوى واختاره صاحب النهاية هذا فى العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف فى أنه هل يكفى فى صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصى أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً لانها تخليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت بثلاث مالى لفلان وليس له مال ثم استغاد مالا كان للموصى له ثلث ما تركه وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فبين أن منشا الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية فى المسئلة اعتبارها الطحاوى ولم ينتبه لها غيره وهى أن المفهوم عرفاً وانما اذا قبل أوصيت لى بطنها بكذا كونه موجوداً فى بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلاف فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً ممنوع كيف وقد وضع فى المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الايجاب فى الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى أو وجوده يوم الوصية وذكره هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به اذا كان معيناً يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوماً من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى به فى ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتعلق الوصية به لوقال أوصيت لك بثلاث غنمى أو بشاة من غنمى وليس فى ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصى أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة ثنى ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى فاذا أوصى لرجل بثلاث ماله وله مال فهذا ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذى اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل به لانه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الايجاب فى أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت فلامعنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أى وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً وقوله فى تعليل ذلك لانها تخليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الايجاب ليس بنام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشا الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت لفلان بثلاث مالى وليس له مال ثم استغاد مالا كان للموصى له ثلث ما تركه ايسر بضمح لان ذلك انما يكون دليلاً على كون التمسير وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما هو الحال فى قوله أوصيت بثلاث مالى لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معيناً كما فيما الصغير للتمرنانى أوصى لرجل بطن أمته أو دابته صح اذا ولد له لاقبل من ستة أشهر لعلنا وجوده عند

وقوله (بخلاف الهبة)
متصل بقوله وتجوز الوصية
للمعمل يعنى أن الهبة للمعمل
لا تصح (لانها تخليك محض)
والجنين ليس بصالح لذلك
لان الملك بالهبة انما يثبت
بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه
لهلكه شيئاً) يحصل الملك
فيه بالقبض

نحن فيه ومن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سبجى في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كقلى اسم المال وأما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا وقوله وبديل ماذ كره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثالث للذين حددوا من بنسبه ليس بتمام لان ماذ كره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضا كذلك سيما عند الطحاوى فن أبن يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوى من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره وهو أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لاني بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح اذ لا نسلم جدا أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لاني بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ بل يكفي كونه موجودا وقت موت الموصى لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يثبتوا لما يعدهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شئ من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت تخبركم بحسب بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فامر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعنى له شئ آخر وهو محصل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجهه ماذ كره الطحاوى أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك لوقت انتهى ثم أن ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطرابا لانه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما أى في الموصى له وبه وآخروه دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر له وجهه انتهى أقول ان صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجوز الوصية للحمل وبالجل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلانه تجرى فيه الوراثه فتجربى فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوه يوم الموت متى جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدرا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصى فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية الى تاويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ماذ كره في المبسوط وثانها أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفا لاوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر له وجهه ثم انه أخطأ في قوله وآخروه دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالجل لا الوصية للحمل لانه قال فيه وأما الثاني ولار بب أن الثاني في قوله وتجوز الوصية للحمل وبالجل هو الوصية بالجل ثم ان الزيلعي قال في شرح السكندر وذكر في الكافي ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضا بسد بديلان عبارة الكافي في أول الكلام هكذا وتجوز الوصية للحمل وبالجل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالجل فقط لكونه قريبا منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالجل فن أبن يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا أوصى له نعم ماذ كره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالجل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره

موت الموصى ثم قال الوصية بما في البطن جائزة اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من موت الموصى لعلمنا بوجوه وقتئذ والطحاوى يعتبر المدة من وقت الوصية في الوصية للحمل وبالجل فان ولدت لاكثر من ستة أشهر فلا وصية

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلانه) أي (الجل بعرضه الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيها اذا وضعت لاقول من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد أن يكون موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجوده لا يعلم وجوده قبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبابها أو وسع الحاجة الخ) وان الخيل في ذهرك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموقوف جواربا لجواب سنة الله ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بحارية) يعني من قال أوصيت بهذه الحارية لفلان الاجلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الحارية لا يتناول الجل لفظا) لانه ليس بموضوع ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناول اسم الحارية صحت استثنائه من الحارية كقوله صها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه إشارة الى ما يقال الجل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجر (٣٦٣) فكذا ذلك الجل وذلك لان اسم الحارية

بتداولهم فان قيل كيف صحت الاستثناء وهو تصرف لفظي لا رد على ما لا يتناول اللفظ فاجواب أن صحته باعتبار تقرير مالك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كقولنا أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحت والاستثناء أيضا صحيح في تقرير مالك في الفرس لاعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلًا فان قيل لانسلم أن اسم الحارية لا يتناول الجل فانه لولم يستثن استحققه الموصى له ولولم يتناولها استحققه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً لعنى أنه لم يتناولها بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصى عن قيد الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقاً بل تقتيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها

وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أو وسع الحاجة الملبت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود وأولى قال (ومن أوصى بحارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الحارية لا يتناول الجل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً فاذا أفرد الام بالوصية والمخاص ما بيناه آنفاً من أحد الوجهين فتبصر (قوله) وأما الثاني فسلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية قال صاحب العناية في شرح هذا المحل (وأما الثاني وهو الوصية به فلانه أي الجل بعرضه الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيها اذا وضعت لاقول من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة انتهت أقول فيه منخل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشرع تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة اذ على تقدير أن وضعت لاقول من ستة أشهر من وقت موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلاً فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الجل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا يستره (قوله) ومن أوصى بحارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الحارية لا يتناول الجل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً فاذا أفرد الام بالوصية صحت افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع حارية الاجلها ففسد البيع مع إمكان جريان هذا التعليل هنالك أيضاً لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن ما لا يصح افراده بعد ذلك يصح استثنائه من ذلك العقد والجل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثنائه منه كما مر في باب البيع القاسم من كتاب البيع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الجل بالوصية يصح فكذا الاستثناء ومنها كما سيأتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلامعنى للحاظر أن صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل لان اسم الحارية لا يتناول الجل لانه ليس بموضوع ولا هو

له الا اذا كانت الام معتدة فله الوصية اذا ولدت الى سنتين للحكم بوجوده بثبات نسبه وصاحب الهداية اختار قول الطحاوي حيث قال اذا ولد لاقول من ستة أشهر من وقت الوصية فان قيل الوصية تحتاج الى القبول وهو ليس من أهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لبيانها فلهذا لا يصح استثنائه اذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول وليس لها بالاث لا يشترط القبول اذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملاً بالشبهين (قوله) فان وضع المسئلة فيها اذا وضعت لاقول من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعت لاقول من ستة أشهر من موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية فان قيل الوصية تحتاج الى القبول وهو ليس من أهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لبيانها فلهذا لا يصح استثنائه اذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول وليس لها بالاث لا يشترط القبول اذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملاً بالشبهين (قوله) وعطف على قوله ليس بموضوع (قوله) وما لا يتناول اسم الحارية صحت استثنائه (قوله) لان اسم الحارية لا يتناول الجل لفظا) أقول ان أراد مقصوداً فليس كذلك وان أراد تبعاً لجل كذلك (قوله) كقولنا أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقراء أن ما لا يتناول اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لاجل صحت استثنائه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صحت الاستثناء باعتبار تقرير مالك لصح في الاقراء أيضاً استثناء البناء من الدار والقصر من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق

صحيح افرادها ولانه يصح افراد الجمل بالوصية فجاء استثناءه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذ لا فرق بين ما ولا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاء الرجوع عنه كالهبته وقد حققناه في كتاب الهبة وتولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيوع قال (واذا صرح بالرجوع أو فسل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عدنا هذه الافعال في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصي به ولا يمكن تسليم العين الا به فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلبته بالسن والدار بيني فيه الموصي والقطن يحشويه والبطانية يعطن به والظهارة يظهر به لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصي بها وهدم بناثم لانه تصرف في التابع وكل تصرف أو جبر زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصي به ثم اشتراها أو وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصي به ارجوع لانه للصرف الى حاجته

داخل في الموضوع وما لا يتناول اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كقميصها وسراويلها بما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الاول كبراهم طوي يتوهم قوله وما لا يتناول اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية وأن

(قوله اذ لا فرق بينهما) اذ يعم ذلك واحد منهما على أن يكون المجل معلوما فكلا يصح ايراد العقد على المجهول لا يصح استثناء المجهول منه وهذا لان الاستثناء هو المنع فاصح اثبات الحكم فيه على الانفراد يصح منع الحكم عنه والاستثناء ههنا موجود لان باب الوصية أوسع فالجمل وان كان يدخل في الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ في حق صحة الاستثناء لتوسع باب الوصية كما يجعل المهدوم فيه موجودا لهذا المعنى (قوله واذا صرح بالرجوع أو فسل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فمثل قوله رجعت عما أوصيت به لفلان أو نحوها وفي الذخيرة والرجوع قد ثبت صريحا وقد ثبت دالة وقد ثبت ضرورة والرجوع دالة أنواع أحدها استهلاك الموصي به حقيقة أو حكما حتى ان من أوصى لانسان بثوب فقطعه وخاطه قيصا أو أوصى بقطعة فزله ونسجه أو أوصى بحديدة فالتخذ منها سيفا فهذه التصرفات دالة الرجوع لانها استهلاك العين حكما لا ترى انه ينقطع ملك الموصي منه بهذه التصرفات ونوع من ذلك أن يخلط الموصي به بغيره خلطا لا يمكن التمييز أصلا كما اذا كان الموصي به سويقا فلبسه بهن ونوع من ذلك أن يتحدث نقصا في الموصي به حتى خرج الموصي به عن هيئته الادخال والبقاء الى يوم الموت كما اذا أوصى بشاة لانسان ثم ذبحها فهذا رجوع عن الوصية وأما الرجوع ضرورة أن يتغير الموصي به ويتغير اسمه لان الموصي له انما يستحق الموصي به بعد موت الموصي بذلك الايجاب بذلك الاسم فاذا تغير الموصي به وتغير الاسم لو استحق الموصي له لا يكون الاستحقاق بذلك الاسم بيان هذا اذا أوصى بمحنة لانسان فهبت الرج بالحنة والفتها في الطاحونة قبل موت الموصي حتى صارت دقيقا بطلت الوصية كذا اذا أوصى بالكفري في تحلة فصار رطبا قبل موت الموصي أو أوصى بعنب في كرمه فصار زينا قبل موت الموصي أو أوصى ببيضة فحضنت دجاجته على البيضة حتى أخرجت فراريج قبل موت الموصي بطلت الوصية وان كان التغير في هذه المسائل بعدموت الموصي قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية لان التغير حصل بعد تمام الوصية ولها لان تمام الوصية بالموت فلا وجب بطلانها ولو أوصى برطب فصار تمرا قبل موت الموصي لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا أوصى بعنب فصار زينا والفرق ان الرطب مع التمر جنس واحد ولهذا جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر في السلم ولهذا جاز بيع الرطب بالتمر ثم ثلا عند أبي حنيفة فترجعه الله فلم يتغير الموصي به وأما

مفردة وقوله (ولانه يصح) فقد ذكره في البيوع قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) الرجوع عن الوصية جاز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبته جاز الرجوع فيه فغلبا لم يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيوع ففي التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابطها جامعها

عادة فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريراً قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعاً) كذا ذكره محمد

وفوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعاً كذا ذكره محمد) اعلم أن جحداً كثر في الجامع أن جحد الوصية ليس برجوع وذكري الميسوط أنه رجوع عن مشايخنا من حل المذكور في الجامع على الجحد في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحد انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانسكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقترضة معارضا والمذكور في الميسوط محمول على الجحد بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حل المذكور في الجامع على صورة الجحد لا على الجحد الحقيقي فانه قال فيه اذا وصى الرجل لرجل بثلاث ماله ثم قال يقوم

(قوله اعلم أن جحداً كثر في الجامع) أقول يعني في الجامع الكبير (قوله وهو رجوع في الروايات كلها) أقول على قول هؤلاء المشايخ

يكون ذلك القياس وحده دليلاً مستقلاً على صحة استثناء الجمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للعمل على صحة استثناء من مذهبنا معنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كإهو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ماله لدخل تحت اللفظ وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجازية كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازاً في المنقطع الا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معاً كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقرير وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه إشارة الى ما يقال الجمل جزء من الام قبل الانفصال كالبند والرجل ولو استثنى البند أو الرجل لم يجز فكذلك الجمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها انتهى واعتراض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها حيث قال ان أراد مقصوداً فليس كذلك وان أراد تبعاً فالجمل كذلك اه أقول هـ في غاية السقوط اذا شك أن المراد ان اسمها يتناولها مائة مقصوداً وقوله فليس كذلك ليس بشيء اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قل أو صيت به هذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصوداً اذ لا معنى لايضا الجارية بدون يدها أو رجلاها أو نحو ذلك لا تمنع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الجمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضاً بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها اياماً بخلاف أن لا يكون مقصوداً عند اتصالها بها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية يتفان قبل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن محنته باعتبار تقرير مالك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كقولوا قال أو صيت لفعلان بالف درهم الا فرس فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير مالك في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخل انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير مالك لصح في الاقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والغصن من الخاتم والتخل من البستان فليست أم في الغرض انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت بشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان البناء هـ فانه في والمقر له الدار والبناء لان الدار اسم لما أدر عليه الخط والبناء يدخل تبعاً والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصلاً تبعاً فلم يحكموا ببطالان الاستثناء هـ ولم يصح به به باعتبار تقرير مالك كما صححوا به هنا قلت انما لم يصح به وذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غاية أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق

في فصل الغنم الموصى به قد تغير وكذلك الاسم (قوله فكان تقريراً) أي تقرير الوصية لصل الموصى به الى الموصى له على أطراف حال (قوله ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً) كذا ذكر في الجامع الكبير وذكري في الميسوط انه رجوع قبل ما ذكره في الجامع الكبير محمول على أن الجحد كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعاً على الروايات كلها وما ذكر في الميسوط محمول على أن الجحد كان عند حضرة الموصى له وعند حضرة يكون رجوعاً وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر في الميسوط قول أبي يوسف رحمه الله وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله ان الرجوع في الوصية في الحال والجحد في الماضي

اشهدوا اني لم أوص لفلان
لا بقبيل ولا بكثير لا يكون
هذا رجوعا لان قوله
اشهدوا اني لم أوص لفلان
طلب شهادة الزور منهم
فيكون معناه قد أوصيت
لفلان بكذا الا اني سألتكم
ان تشهدوا لي بالبطل
وطلب شهادة بالبطل
لا يكون رجوعا لانه ليس
بمجرد حقيقة وما ذكره في
المبسوط على الجود الحقيقي
وهو رجوع على الروايات
كلها ومنهم من قال المذكور
في الجامع جواب القياس
والمدكور في المبسوط
جواب الاستحسان ومنهم
من قال في المستلزم وايتان
قال شيخ الاسلام وهو الاصح
ومنهم من قال المذكور في
الجامع قول محمد والمذكور
في المبسوط قول أبي يوسف
قال شمس الأئمة السرخسي
هو الاصح لان المعلى قال في
فوائده قال سألت أبا يوسف
عن رجل أوصى لرجل
بوصية ثم جحد قال يكون
رجوعا وسألت محمد قال
لا يكون الجود رجوعا وهو
مختار المصنف استدلالا
بأن رجوع نفي في
الحال والجود نفي في الماضي
والحال واذا كان نفي الحال
وحده رجوعا فنفي الماضي
والحال أولى أن يكون
رجوعا (ولمحمد أن الجود)
وهو أن يقول لم أوص لفلان
أوما أوصيت له (نفي في
الماضي) لكونه موضوعا
لذلك الانتفاء في الحال

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجود نفي في الماضي والحال فاو لي أن يكون رجوعا
ولمحمد أن الجود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجود لغوا

ثبت بالاقراء انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل
البناء للمقر له وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا
بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام
لكلام يذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثله هذه الدار لفلان البناء هاهنا على
تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وهم هذا يدفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في
أمثلة الاستثناء فظهر أنه لو صح الاستثناء في مسألة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقراء قط نعم ان
المصير الى حل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسد بديا أيضا اذ لو كان الامر
كذلك لما احتج الى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمستلزمة هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل
الترام ما لا يلزم فان مسألة جواز الرجوع عن الوصية تنجي عن تفصيلها وتغفار عنها بعد هذه المسئلة (قوله
وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجود نفي في الماضي والحال فاو لي أن يكون رجوعا)
قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهر في الالف نفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجود بمعنى
سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك اه أقول ليس المراد بقول أبي يوسف أن الجود الوصية يكون رجوعا عنها
أن الجود والرجوع متحدان معنى بل المراد أنهم ما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصي
له في تركه الموصى فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي في الاتحاد في
المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا محذور وعلى أن ما ذكره ذلك
البعض على تقدير رجوعه ونسبته الى ما ذكره المصنف في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما ينبغي على المتأمل
فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت (قوله ولمحمد أن الجود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا
كان ثابتا في الحال كان الجود لغوا) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمحمد أن الجود وهو أن يقول
لم أوص لفلان أوما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك الانتفاء في الحال ضرورة ذلك لا استمرار
ذلك ان ثبت ما لم يتغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في الجود اذ الغرض أنه أوصى ثم جحد
كان النفي في الماضي باطلا فلا يطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجود لغوا انتهى
أقول فيه مداخل أما أولا فلانه جعل اسم كان في قول المصنف واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم
لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح أن يكون اسم كان في
قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب وأما ثانيا فلانه لو كان المراد بذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في
قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب في الجود يقتضي كون الجود لغوا من
غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان وأما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق

والحال فاو لي أن يكون رجوعا لا ترى ان جود التوكيل عزله وجود المتباعدين اقاله ولمحمد رحمه الله ان
الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجود الشيء يقتضي سبق عدمه اذ الجود نفي أصل العقد
فلو كان الجود رجوعا لا يقتضي وجود الوصية وعدمها في السابق وهو محال أو يقال العدم في السابق من
لوازم الجود والوجود في السابق من لوازم الرجوع وتنافي اللزمين يستلزم تنافي اللزومين والاي يلزم أحد
الحالين وهو الجمع بين اللزومين المتنافيين أو وجود اللزوم بدون اللزوم فكان بين الرجوع والجود منافاة
ضرورة كونهما لزومين فلا يكون الجود رجوعا لان أحد المتنافيين لا يكون مستلزما للآخر ولهذا لا يكون
جحد الكاذب فرقة (قوله واذا كان ثابتا في الحال كان الجود لغوا) وذلك لان الجود لما كان نفيا في الماضي
والانتفاء في الحال ضروري فيكون النفي في الماضي متضمنا للانتفاء في الحال فهما كان كاذبا في النفي

صرو ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جوده اذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا في بعض الشر وح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما صادرة عن المطالب فتأمل وقوله (أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر لتحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والاثبات والاخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس أيضا وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي (٣٦٧) والانتفاء في الحال ضرورية ذلك وههنا

قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تانف والثاني

أنه لا يلزم من عدم كون

الجحود رجوعا حقيقة عدم

جواز استعماله فيه مجازا

صوال الكلام العاقل عن

الانغاء والجواب عن الاول

أن قوله نفي في الماضي

والحال معناه نفي في الماضي

وضعا وحقيقته في الحال

ضرورية لا وضعا وهو الاول

فلا تنافي وعن الثاني بان

الرجوع والجحود بالنظر

الى الماضي متضادان

والتضاد ليس من مجوزات

المجاز في الالفاظ الشرعية

على ما قدرناه في الانوار

والنقر بر ولهذا لا يكون

جحد النكاح فرقة بين

مستعار الالفاظ لان الجحود

يقضى عدم النكاح في

الماضي والطلاق يقضى

وجوده فكانا متقابلين

فلا يجوز استعاره أحدهما

للاخر وقوله (ولو قال كل

وصية أوصيت بها) واضح

وقوله (لان اللفظ يدل على

قطع الشركة) قيل لانه لم

يذكر بين ما حوف الاشتراك

وانما جعل تلك الوصية بعينها

أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (ولو قال كل وصية أوصيت بها الغلان فهو حرام ولا يكون رجوعا) لان الوصف يستدعي بقاء الاصل (بخلاف ما اذا قال فهي باطلة) لانه اذا ذهب المتلاشي (ولو قال آخره لا يكون رجوعا) لان التاخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به لغلان فهو غلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به

الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورية ذلك فانه اذا كان الكذب في جوده ثابتا بناء على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له أصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورية ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشر وح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما صادرة على المطالب فتأمل انتهى أقول فيه نظر لان المصادرة على المطالب انما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف واذا كان الوصية وألحق ثابتا في الحال لعدم كون الجحود رجوعا كان الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الالباء وألحق ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جوده اذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفي في الماضي باطلا لظهور الكذب فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله) أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (قال في العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورية ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تانف والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صوال الكلام العاقل عن الانغاء والجواب عن الاول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقته في الحال ضرورية ولا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قدرناه في الانوار والنقر بر ولهذا لا يكون جحد النكاح فرقة بين مستعار الالفاظ لان الجحود يقضى عدم النكاح في الماضي والطلاق يقضى وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعاره أحدهما للاخر وقوله (ولو قال كل وصية أوصيت بها) واضح وقوله (لان اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لانه لم يذكر بين ما حوف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها

لم يثبت المتضمن واذا لم يثبت هو لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتا في الحال (قوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة) وهذا لان هذا اللفظ يقطع شركة الاول عن الثاني بخلاف ما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان اللفظ لا يقضى قطع الشركة ولهذا لو جمع بينهما بان قال هو لفلان ولفلان لا يقطع شركة الاول

(قوله واذا كان الكذب ثابتا في الحال) أقول لا يخفى على كل أحد أن الكذب غير مذكور ههنا ولا هو في حكم المذكور حتى يرجع اليه الضمير وأيضا اذا كان المراد بذلك كان التقييد بقوله في الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما صادرة عن المطالب) أقول فيه بحث فانه اذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كما فعله الاتفاقى لا يلزم المصادرة فان المدعى هو عدم كون الجحود رجوعا كما لا يخفى (قوله) والجواب عن الاول أن قوله (الح) أقول ويجوز أن يجب عنه أيضا بانه مبني على التنزل والتسليم (قوله وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي (الح) أقول وقد سبق منه أيضا في باب الوكالة بالخصومة والقبض

لا تخي) لان المحل يحتمل الشر كقولنا لفظ صالح اها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخرة حين أوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فيقول للاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

(باب الوصية بثلاث المال)

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولا تخي بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث بينهما) لانه يضيق الثلث عن حقهما اذا بزا عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشر كونه فيكون بينهما (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلاث بينهما أثلاثا) لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهمه والآخر سهمين فصارت ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدرهم المرسله) لهما في الخلافية

العقل عن الالف بقدر الامكان وأمكن جعله على الفسخ لان الموصى ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البسيع والاجازة اذا جسد أحد المتعاقدين لان هناك تعذر جله على الفسخ لان أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجا حدنا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جسد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم أتر وجره لان هناك أيضا تعذر جله على الفسخ لان النكاح لا يفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق اذا مشاهة بينهما لان الجودين في للعقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى بصير

(باب الوصية بثلاث المال)

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في قوله وقد ذكرنا حكمه) وهوان الورثة بالخيار ان شاءوا واجازوا وان شاءوا ردوا (قوله فهي للورثة) أي لورثة الموصى لافلان ولا لورثة والله أعلم

(باب الوصية بثلاث المال)

(قوله ولا يضرب أبو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث) قالوا ضرب في ماله سهمان أي جعل وعلى هذا المختصر أبو حنيفة رحمه الله لا يضرب الموصى له فيما زاد على الثلث على حذف المفعول كانه قيل لا يجعل له شيئا ولا يعطيه كذا في المغرب (قوله الا في المحاباة) وصورته ان يكون له عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بان يباع واحدهما فلان بمائة والآخر لفلان آخر بمائة فهنا قد حصلت المحاباة لاحدهما بالالف وللآخر بخمسة مائة وذلك كله وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة رحمه الله وجب أن لا يضرب الموصى له بالالف بجميع الالف لانها تزيد على ثلث المال وصورة السعاية ان يوصى بعقده عبده وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما ان أجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم يجزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله ألف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي (قوله والدرهم المرسله) أي المطلقة وهي ما كانت وصية بشي غير عبده ولم ينسب الى جزء من المال وهي أن يوصى لرجل بالالف وللآخر بالعين وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب

لغير موقوفه (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوفيق على اجزاة بقية الورثة فان أجازوا جازوا الا فلا

(باب الوصية بثلاث المال)

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة انما أن يجيز وهما أولان أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزا فالثلاث بينهما

نصفان اذا زاد على الثلث حينئذ وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساوى في سبب الاستحقاق والتساوى فيه يوجب التساوى في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينات جميعا وقوله (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة)

أى لا يجعل من ضرب في ماله سهما أى جعل ومغول لا يضرب بخوف أى لا يضرب شيئا وصورة المأبأة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما الغلان بمائة والآخر الغلان بمائة فانه حصلت المأبأة لأحدهما بالف وللآخر خمسمائة والكل وسية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة مجازت المأبأة بقدر الثلث فيكون بينهما اثنا عشر ألفا يضرب الموصى له بالف بالالف بحسب وصيته وهي الف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالف في أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصى بعقوبتين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان أجازت الورثة فاجبا وان لم يجزوا اعتق من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما اثنا عشر ألفا الذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي وصورة البراهم المرسلة أى (٣٦٩) المطلقة هى أن يوصى لرجل الغلين والآخر بالف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثنا عشر ألفا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها بحسب لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا

كذلك فيما اذا وصى لرجل ثلث ماله ولا آخر بنصف ماله أو بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر وأخرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث (لهم في الخلافية) وهي ما اذا وصى لأحدهما بجميع ماله ولا آخر ثلثه (ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت

أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كفاي المأبأة واختياره أن الوصية وقعت بغير الم شروع عند عدم الاجازة من الورثة الا نفاذها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل بطلانه كالمأبأة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجلة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجلة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا وصى بعين من تركته وقيمة تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث

هذا الباب بعد ذكر مقدمان هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف ما اذا وصى بعين من تركته وقيمة تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومراجع اندراية ما اذا وصى بعبد بعينه لسان قيمة ألف وبعد آخر بعينه لسان آخر قيمة ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بان كان عبدا وصى به الرجل وثلث ماله لا خرولا لانه سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا قصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذا ذل هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جسد الان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لاحتمال ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع

بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها بحسب لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا وصى له بثلث ماله ولا آخر بنصف ماله أو بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر وأخرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث كذا في شرح الطحاوى (قوله كالمأبأة الثابتة في ضمن البيع) أى تبطل المأبأة بطلان البيع وتصح بعينه (قوله بخلاف ما اذا وصى بعين من تركته) وقيمة تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من

(٤٧) - (تكملة الفقه والكفاية) - (تاسع) كفاي المأبأة والسعاية والبراهم المرسلة ولاي حنيفة أن الوصية وقعت بغير الم شروع وحاله أن التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمأبأة الثابتة في ضمن البيع) تبطل بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقى كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك تساويان فكذلك هنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعنى المأبأة واختيارها وهو واضح وقوله (وهذا بخلاف ما اذا وصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعنى بان كان عبدا وصى به لرجل وثلث ماله لا خرولا لانه سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان (قوله أى لا يجعل من ضرب في ماله سهما) أقول المراد بالضرب المضرب المصطلح بين الحساب وتفضيله في شرح الوقاية لصدر الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أى المطلقة) أقول يعنى غير المقيدة ببيع اثلث أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة (قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أى على دليلها

وان احتمل أن يكتسب هذا العبد ما لا يصير قبضته مساوية لثالث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله (لأن هناك الحق تعلق بعين التركة) يعني أن حق الموصي له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استغاد مالا آخر وحق الورثة أيضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثالث فيطل حقه فيما زاد على الثالث لاستعماله اجتماع الحقيين بخلاف الالف المرسله ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستغاد فلم تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) (ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أو لم يكن (لأن الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير (٣٧٠) لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر بقدره)

لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستغاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسله لو هلكت التركة تنفذ فيما يستغاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطله ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لأن الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر بجوز في الاول أيضا فنظر الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة لأن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه)

عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لها في الجمله بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقص للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هذا بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله) لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستغاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسله لو هلكت التركة تنفذ فيما يستغاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقص الذي أشار إليه آتفا قال الذي يلحق في التبيين بعد ما نقل مافي الهداية هنا وهذا ينقص بالحياة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثالث اه (أقول) ليس هذا النقص بوار دلان بالحياة متعلقة بالثمن الذي أبا العين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعياء بمنزلة الدراهم المرسله وكذا بالحياة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله) ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة لأن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحوير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجهه وهل يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي

الثالث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة أي حق الموصي له تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستغاد مالا آخر تبطل الوصية وحق الورثة متعلق بعين التركة أيضا فيما زاد على الثالث فيطل حقه فيما زاد على الثالث لاستعماله اجتماع الحقيين بخلاف الالف المرسله لأن الوصية فيها لا تتعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستغاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه (قوله) وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطله) وكذا لو أوصى بنصيب ابنه هذا إذا كان الابن أو الابنة متوجدا أما إذا لم يكن فالوصية جائزة (قوله) فنظر الى الحال) أي فنظر زفر رحمه الله الى الحال أي ان السك ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير (قوله) جوابه ما قلنا) أي أنه وصية بمال الغير (قوله) ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة لأن ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله فهذه

وقال زفر جازت الاول كالثانية نظر الى حال الوصية فان المال كسبه في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (جوابه ما قلنا) وهو قوله لأن الاول وصية بمال الغير (قوله) ولو أوصى بسهم من ماله (معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه فان قيل أخس الانصاء أقله الثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الانز واللغة أما الانز روى عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان اباس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية

المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله (ولا يزداد عليه) ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطالع على رواية غيرهما وأما أنه جمع بينهما

(أوله) ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا لفظ الكافي (قوله) وقوله ولا يزداد عليه (الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المراد في الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فخذ فيكون مافي الكتاب رواية الجامع الصغير

وهذا عند أبي حنيفة وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) لأن السهم برأيه أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقول متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة قوله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد

ما اذا كان أحسن السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكنا عن بيان الحكم اذا كان أحسن السهام أو يضمن السدس اهـ (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي أن يكون ما للموصي له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أي سواء كان أحسن السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنمو التعليل المذكور ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أحسن الانصباؤه أقل من الثلث وأقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعنى ما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اهـ (أقول) الجواب منطوقه لانه ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لاجل أحسن الانصباؤه الذي هو أقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو أن أقل الانصباؤه باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما الثلث فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا في مزاجه ما هو أصل كما عرّفه فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل يجوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية غيرهما واما أنه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبو حنيفة تجوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتياء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان أبو حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية متنافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه نامل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص أحسن السهام عن السدس لا مطلقا لخبرته فيكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اهـ (أقول) ليس هذا بمنسقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي لاحتمال أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي أن يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت

الرواية تفيد انه لا ينقص عن السدس ولا يزداد عليه وفي المبسوط اذا أوصى لرجل من ماله فله مثل أحسن سهام ورثته الا ان يكون أحسن سهام الورثة أكثر من السدس فلا يزداد عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال في الجامع الصغير له أحسن سهام الورثة الا أن يكون أقل من السدس حينئذ يعطى له السدس فعلى رواية الاصل يجوز أبو حنيفة رحمه الله النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية الهداية تخالفهما

(وقال له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الا أن يجيزه الورثة) ومقرعهما العرف (فان السهم برأيه أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقول متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد) أي الاقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولا في حنيفة ما ذكرناه آتفا في جواب السؤال من أن ابن مسعود قول اباس

وقوله (ولانه يذكرو براديه السدس الخ) مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيه على ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منها وفسر الاول بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكرو براديه سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا تزداد عليه وان كان مراده السدس فاسم على بالدليلين وأما الثانية فهو قوله فيعطى الاقل منها يؤدى الى النقصان من السدس وفي الكتاب الآن ينقص من السدس فيتم له السدس وأيضاً قوله (ما ذكرنا) (٣٧٢) ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو براديه سهم من سهام الورثة

رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى ولانه يذكرو براديه السدس فان اياها قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكرو براديه سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا

نهت عليه فيما مر آنفاً (قوله ولانه يذكرو براديه السدس الخ) قال صاحب العناية بقوله ولانه يذكرو براديه السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منها وفسر الاول بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكرو براديه سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا تزداد عليه وان كان مراده السدس فاسم على بالدليلين اهـ واعتراض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا تزداد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد في الزيادة مطلقاً بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصالح ذلك دليل لما في الكتاب اهـ (أقول) قد مر منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليق هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب في الزيادة مطلقاً فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليل عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية فهو قوله فيعطى الاقل منها فتؤدى الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضاً قوله ما ذكرنا ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو براديه سهم من سهام الورثة بالدليل لانهم يقولون اياها وان أراد به الاقل منها عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اهـ وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن حيث لم يجوز الزيادة ولا النقصان وقيل عن هذا الحق بهذا الموضع الامام جلال الدين ابن المصنف قوله وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس وقاله مثل نصيب أحد الورثة أى له أقل الانصاء لكن ذلك الاقل لو زاد على السدس تزداد عندهما ولكن لا تزداد على الثلث صورة هذه المسئلة اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وترك تركت زوجاً وبنتاً يعطى له السدس في قول أبي حنيفة وعندهما يعطى له الربع قوله هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام روى ان ابن مسعود رضي الله عنه سئل عن أوصى بسهم من ماله فقال له السدس وروى ان رجلاً أوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله عليه السلام في ذلك بالسدس (قوله فان اياها قال السهم في اللغة عبارة عن السدس) وهو اياها بن معاوية القاضي بالبصرة (قوله فيعطى ما ذكرنا) أى الاقل من سهام الورثة ومن

بالدليل لانه يتم بقول اياها وان أراد به الاقل منها عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منها بما يكون معنى الشخصين واحداً وأشار بذلك الى روايه المبسوط وهى ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً على أن المذكور في الكتاب من قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا تزداد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعميسة وان كان غير ذلك فالتة أعلم به وجهه المقلد جموعة

وقوله وقد قال في الكتاب ولا تزداد عليه (أقول فيه بحث

اذ ليس المراد في الزيادة مطلقاً بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصالح ذلك دليل لما في الكتاب نعم قالوا ورد عليه أن العمل بالدليلين يوجد اذا أعطى السدس اذا كان أخس السهام أكثر وأعطى ذلك اذا كان أقل مع ان فيه العمل بالمتيقن بفعل ما ذكر دليلاً لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى (قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو براديه سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لعينه بن ثور بن مسعود فليست أم (قوله وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل) أقول كيف براداه ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس فلا يستقيم التعرّيع في قوله فيعطى وأرى أن ذلك ليس إشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير والافيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك

أبي حنيفة وعندهما يعطى الربع أى مثل الربع فيعطى الخس تجعل المسئلة على (٣٧٣) قوله على ستة لحاجتنا الى السدس

للموصى له سهم بقية خمسة
الزوج منه الربع ولا يستقيم
عليه فيضرب في أصل
المسئلة فيخرج الكسر وهو
أربعة تبلغ أربعة وعشرين
كان للموصى له سهم
يضرب في أربعة فهو أربعة
وهو سدس المال بقى
عشرون للزوج منها الربع
وهو خمسة والباقي للبنات
وعلى قوله ما على خمسة
نزد مثل أخس سهام
الورثة وهو واحد على
الفرصة وهى أربعة
فنصير خمسة يعطى الموصى
له سهم والزوج سهم وهو
ربع الباقي بعد نصيب
الموصى له وما بقى للبنات
وانما كان كذلك لان
الموصى أوصى بمثل نصيب
الزوج ومثل الشئ غيره
فيزاد مثل الربع على
الأربعة ليكون المزد مثلا
لربع وأما على رواية الأصل
فخبر بجه كخبر بجهما
وعلى هذا فقس أمثالها
وخرجهما على الرايتين
وقوله (قالوا) أى مشايخنا
(كان هذا في عرفهم وفى
عرفنا السهم كالجزة)
ولو أوصى بجزء من ماله قيل
للورثة أعطوه ما شئتم لانه
مجهول يتناول القليل
والكثير غير أن الجهالة لا تمنع
مسئلة الوصية (والورثة قائمون
مقام الموصى فاليهم البيان)

رواية المبسوط على ما نقله
من الكافي وعلى رواية
الصغير تخبر بجه كخبر بجهما

قالوا هذا كان في عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزة قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم)
لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع مسئلة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم
البيان قال (ومن قال سدس مالى فلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس

السهم يذ كرو ياديه السدس ويذ كرو ياديه سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لانه عينه بالثوابين مسعود
رضى الله عنه فليتنا ملى اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن أرباب مسعود رضى الله عنه هو الدليل الاول فلو كان
معنى الدليل الثانى ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضا أرباب مسعود فيلزم التكرار والاستدراك
كلما يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الاقل منه مما ليكون معنى النسختين
واحدا وأشار بذات الى رواية المبسوط وهى ما ذكرناه من جواز النقص دون الزيادة على السدس تنبيهها
بذلك على أن المذكور فى الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية
واحدة وانما هو مركب من روايتين اه (أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جدا لا ينبغي أن يرد به العاقل
فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرناه كور بصداقامة الدليل على ما قدمه
من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما عترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح
منه الاشارة فى الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب مركبا من روايتي المبسوط
والجامع الصغير لا يجعل له كايانه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين (قوله ولو أوصى
بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع مسئلة الوصية
والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دللت هذه المسئلة على أن أحد الوأقر
بمجهول كقوله فلان على دين ولم يبين قدره فبات مجهولا يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره
بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اه ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت
ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه
بطلب المقر فاذا فات الجبر فى حياته بوفاته سقط سببا اذا كان بتقصير من المقر فلم ينب عنه ورثته بخلاف
الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير بالعدم موت الموصى فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق
بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت اه (أقول) ليس هذا بسدس لانهم صرحوا بان
ليس من شرط القياس أن يكون المقتبس فى معنى المقتبس عليه من كل الوجه بل يكفي الاشتراك فى علة هى
مدار الحكم فى المقتبس عليه فمجرد الفرق بين مانحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى
الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بصحة القياس المتفهم بما ذكره صاحب التسهيل وانما
يضر به الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بمحقق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان للورثة
الموصى الذين يقومون مقام الموصى احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان للورثة المقر
بالمجهول أيضا اذا مات مجهولا احياء لحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر فى حياته المقر بوفاته سقط
ان أراد به أنه سقط عنه الحق أصلا فليس بصحيح اذ لا شك أنه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من
عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقى أصل الحق عليه فهو
مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكل ذلك عليه مجهول لا يحتاج الى البيان
لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعدمونه كان ينبغي أن ينب عنه ورثته فى
بيان كفاي الوصية بالمجهول تامل تعق (قوله ومن قال سدس مالى فلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس

السدس للتيقن به أولا أكثر منهما كى لا ينقص من السدس على حسب اختلاف الرايتين ورواية هذا
الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه لا يوافقنا قوله فيعطى ما ذكرناه على هذا
التفسير

الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الأصل فتخبر بجه الخ) أقول فيه نظر بل على رواية الجامع

ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشئ فانكم كذلك وقوله (وأجازت الورثة نسله ثلث المال) فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال واللام يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لثلاث السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثاني زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وجلا لكلامه على ما علمك وهو الايصاء بالثلث وقوله (والعرفه متى أعيدت راد بالثاني عين الاول) قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما) أي من الهالك والباقي (مشارك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتولى ما تولى منه على الشركه وتبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جميع حق أحدهم في الواحد) أي يمكن جميع حق شائع لكل واحد (في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على (٢٧٤) القسمة) مع ما فيه من الجمع واذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما

للموصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبعية وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال مشترك على أصل وتبع اذا هلك من ماله أن يجعل الهالك من التبعية دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه مرجع وهلك بعضه بصرف الهالك الى الربح الذي هو توسع لالى رأس المال (وصارت الدراهم) أي صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد ولو أوصى بدراهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقى درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدراهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة أجناسا وجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها اوصى وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقيون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيه امتعزة واذا انعزل الجمع تعذر التقدم لان فيه الجمع فبقى السهل مشترك كابن الورثة والموصى له أنثلاثا فاهلك هلك على الشركه وما بقي ببق عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلثين من رقيق من جنس واحد وبثلاث ثلثين من الدراهم فليس له الاثلاث الباقى لكثرة التفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ

قوله لان كل واحد منهما أي من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم بل هذا المعنى الام لقوله يتولى ما تولى الخ قال العلامة الاتقاني في وجه قول زفر ان الموصى له لمات بقى المال مشترك كابن الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركه واذا بقي ببق على الشركه فكذلك ههنا الذي هلك أثلاثا والذي بقي ببق اثلاثا ويقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله فاعل ظهر

المختلفة) جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة أجناسا وجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها اوصى وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقيون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيه امتعزة واذا انعزل الجمع تعذر التقدم لان فيه الجمع فبقى السهل مشترك كابن الورثة والموصى له أنثلاثا فاهلك هلك على الشركه وما بقي ببق عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلثين من رقيق من جنس واحد وبثلاث ثلثين من الدراهم فليس له الاثلاث الباقى لكثرة التفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ

قوله لان كل واحد منهما أي من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم بل هذا المعنى الام لقوله يتولى ما تولى الخ قال العلامة الاتقاني في وجه قول زفر ان الموصى له لمات بقى المال مشترك كابن الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركه واذا بقي ببق على الشركه فكذلك ههنا الذي هلك أثلاثا والذي بقي ببق اثلاثا ويقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله فاعل ظهر

(فقبل هذا قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة) فيها إذا ما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون الموصى له العبد الباقي والدار المأقمة لأن للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عياد اعتبار القيمة لاتحاد الجنس وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام نغز الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لأن عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أي بدون اجتهاد القاضي وجعه (يتعذر الجمع) وإذا هلك لم يكن هناك فعل (٣٧٥) من القاضي فكان المال على الشركة

ما بق وما هلك (والاول)

وهو أن يكون في المسئلة

اختلاف (أشبه للفقهاء

المذكور) وهو أن بأحنية

لا يرى الجبر على القسمة في

الرقيق والدور المختلفة لأنه

يجعلها أجناسا مختلفة

وهما ير بأن ذلك لانهما

يجعلان أجنسا واحدا قال

(ومن أوصى لرجل بالف

درهم) ومن أوصى لرجل

بالف درهم (وله مال عين

ودين فان خرج الالف من

ثلث العين) بأن كان له ثلاثة

آلاف درهم نقدا (دفع

الالف منه (الى الموصى له)

وان لم يخرج فان كان

النقد ألفا دفع منه اليه

ثلثه (وكما خرج شيء من

الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي

الالف لان الموصى له

شريك الوارث) والاصل

في المال المشترك أن يوفي

حق كل من الشركاء بلا

بخس ولا بخس في حق أحد

بخصيص الموصى له بالعين

في الاول فيصار اليه وفي

الثانية بخس في حق الورثة

بخصيص الموصى له بالعين

(لان للعين فضلا على

الدين) على ما ذكر في

الكتاب فكان فيما ذكرنا

أوصى بثلاث من رقيقه فبات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لأن عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقهاء المذكور قال (ومن أوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لأن العين فضلا عن الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال

ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق جله على أحد محتلمه كما عوا بل بحمله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لان المتيقن بثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشيء اذ لا شك أن المتيقن بثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كماله والاحتمال الاول يقتضي ثبوت الثلث بل لا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يقيده بجواز إرادة النصف ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمتقى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور ولا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يجهل انه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه أراد بها إيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وحلال كلامه على ما علمك وهو الايصاء بالثلث اه (أقول) في قوله وحلال كلامه على ما علمك وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما علمك انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة وما اذا أجازت كما هو المفروض هذا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا كما سرفي أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة تدبر (قوله لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه) أقول فيه تأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه أن الوصية المرسله تكون شائعة في كل المال ليكون الموصى له اذ ذلك شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف بتملا في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين واذا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو العين والدين كشروع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان

الا آخر وهما لم يكن مساويا لان حق الموصى له مقدم على حق الورثة فصرف الهلاك الى المؤخر تعديما للمقدم بخلاف الاجناس المختلفة حيث لا يمكن جمع نصيب الحق المؤخر في الهلاك فهذا لا يجري فيه الجبر على القسمة لان معنى المعاوضة فيه راجع ومبنى المعاوضة على التراضي دون الجبر فلهذا هلك ما هلك على الشركة وبقى ما بق عليها (قوله وبدون ذلك يتعذر الجمع) يعني الجمع انما يتحقق بقضاء القاضي من اجتهاد عندهما فلا يتحقق الجمع بدونه بل يتعذر ولا قضاء فيما نحن فيه فلم يتحقق الجمع اجماعا ولكن الاول أشبه للفقهاء المذكور وهو ما سبق انه متى أمكن الجمع جبرا أمكن جمعه تعديما لأن ترى انه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما إذا أوصى بثلاث الغنم وثلث الدراهم فكان الاول أصح (قوله ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال) أي الدين ليس بمال في الحال انما يصير مالا في المآل عند الاستيفاء والعين مال مطلقا في جميع الاحوال

تعديل النظر للجانين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف أنه لا مال له لم يحسب بدونه له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكه لو جب على الوارث حصه الموصى له فيما بقى من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعظم من أن يكون مالا في الحال أو في المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركته وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين وأما في المعين فان الوارث كالودع لا يضمن اذ لم يتعذر

وأنما يصبر ما لا عند الاستيفاء فأنما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا تراحم الحى الذى هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لأن الوصية عنده صحيحة لعمر وفلم يرز الحى الانصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغرضه. كان راضيا بكل الثلث للحى وإن قال ثلث مالى بين زيد وعمر ووزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهم نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالى لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا ماله ولا كسب مالا استحق الموصى له ثلث ما ملكه عند الموت) لأن الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت وبثبت حكمه بعد بشرط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك إذا كان له مال فله ثلث ما كسب مالا ما بينا ولو أوصى له بثلث غنمه فله ثلث الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم فى الأصل فالوصية باطلة لما ذكرناه أنه إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية

خرج الألف من ثلث الغنم بخسافى حق الورثة كفى الصورة الأخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذى له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين وهذا يخس فى حقه لاجتماع منافى لى يقتضيه حق الشركته من تعديل النظر للعائدين فليست فى الدفع ولعله تسكب فيه العبران (قوله ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمرو وميت فالثلث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا تراحم الحى الذى هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا تراحم الحى ما إذا أوصى لزيد وعمر ووهما بالحياة فمات ثم مات أحد هما فإن الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) فى تقرر بالشرح المسد كروها قصورا أما أولا فلأنه أضاف اندفاع الاشكال بالمسئلة التى ذكرها الى قوله فلا تراحم الحى مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لأن الميت ليس بأهل للوصية فى الحقيقة فأنما قوله فلا تراحم الحى متفرع على ذلك والأصل أن يضاف الحكم الى الأصل دون الفرع وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المراجعة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالراجعة المنفعة فى قول المصنف فلا تراحم الحى هو المراجعة حال الملك وهى حال موت الموصى وذلك مع كونه غير تام فى نفسه لأنه إذا أوصى لزيد وعمر وثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي منه نصف الثلث لا كله كما مر جوابه مع أن العلة هناك أيضا التراحم وان التراحم فيه أنما يتصور فى حال إيجاب الموصى لافى حال الملك إذا كان أحدهما ميتا فى حال الملك ولا تراحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور فى تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية لأن استحقاق الحى منهما لجميع الثلث بعدم المراجعة عند إيجاب الموصى وفى هذا الفرق بين العلم وعدمه اه وأما ثالثا فلا أنه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة أخرى أيضا بعدارة الكتاب وهى أى تلك المسئلة ما إذا أوصى لزيد وعمر ووهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى فإن الباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور فى الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضا فالنظر والظاهر الواسع فى شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمر ووهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهم وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي

(قوله ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمرو وميت) أى وقت الوصية فالثلث كله لزيد أما إذا كان حيا ثم مات فلزيد نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الموصى ان مات عمرو قبل الموصى وان مات بعده فنصيبه من الثلث لورثته (قوله لأن الوصية عنده صحيحة) أى عند الموصى

وقوله (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله) واضح واندفع بقوله (فلا تراحم الحى) ما إذا أوصى لزيد وعمر ووهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية لأن استحقاق الحى منهما لجميع الثلث بعدم المراجعة عند إيجاب الموصى وفى هذا الفرق بين العلم وعدمه والضمير فى قوله لأن الوصية عنده للموصى والباقي ظاهر وقوله (ومن أوصى بثلث ماله) ظاهر

(قوله فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تملك بالقبول الا فى مسئلة فتذكر فانه ينفعل ههنا (قوله حال الملك) أقول يعنى حال موت الموصى

تعلق بالعين فتبطل بقواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستغاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لان الوكيل كانت
بالغالب المال تصح فكذا اذا كانت بامم فوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت
ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافة الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة
اذما ليها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضعه الى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لان المصحح اضافته الى
المال وبدونها تعتبر بصورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ماله شاة علم ان مراده
المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافة الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث
جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافة الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

نصف الثالث ولكن هنا كان النصف الآخر الموصى لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت
الموصى ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث
وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقده مضاف
الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من اوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حديث مات قبل موت الموصى فيبطل
نصيبه كالموت قبل موت المورث والآخر نصف الثالث لان الانقسام قد حصل بينهما عند
الاجاب ليكون كل واحد منهما أهلا لاجاب الوصية فيبطلان حق احدهما لا يرد ان نصيب الآخر كالموت
احدهما الوصية كان للآخر نصف الثالث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت
ليس من أهل الوصية فانما ينبتة ص حقه بانبات المراجعة ولم تثبت المراجعة حيث كان الآخر ميتا فبقى الثلث
للحي منها بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان ولا مولى فالثالث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله ولو قال
شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافة الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم)
اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر
الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة
فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان لا يكون له شاة لاحتمال ان يكون
له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي
الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة
الهداية أهمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال
ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم
بدون العكس والشرط عدم الجنس لعدم الجمع حتى لو وحد الفرد تصح الوصية بغيره عن ذلك قول الحاكم
الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو فقير من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته
اخطأ هذا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه وقصد بعض المتأخرين ان يجب عنه
حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعتراض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب
وان الحكم في وجود الفرد بصحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لعدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم
جمع أو اسم جمع لا اسم جنس ان نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح
الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لعدم الجنس كما زعم المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه
فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهو هذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا
كلامه (أقول) الظاهر عندى بما ذكره في تعليلي هذه المسئلة ان تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان

(قوله وعلى هذا يخرج الكثير من المسائل) منها ما ذكر في المبسوط لو قال بغير حنطة من مالي أو بثوب
من مالي فانه يصح الاجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد
ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له

وقوله (فالصحيح ان الوصية
تصح) احتراز من قول بعض
المشايخ ان الوصية باطلة
لانه اضاف الى مال خاص
فصار بمنزلة التعيين كالموت
أو وصى بهذه الشاة ولم
تكن في ملكه ثم ملك فانها
غيره بحجة قال الفقيه أبو
الليث هذا القول ليس
بصحيح عندنا لانه اضاف
الوصية الى غنم مرسل بغير
تعيين فصار بمنزلة اضافته
الى ثلث المال وقوله (وعلى
هذا يخرج كثير من
المسائل) فيها ما ذكره في
المبسوط بقوله لو قال بغير
من حنطة من مالي وبثوب
من مالي فانه يصح الاجاب
وان لم يكن ذلك في ملكه
بخلاف ما اذا قال من
حنطتي أو من ثيابي فانه
اذا لم يوجد ذلك في ملكه
أو هلك قبل موته فلا شيء
للموصى له والفرق
ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث)
أقول في كتاب نكحت الوصايا

قال (ومن أوصى بثلاث ماله لامهات أولاده) ما ذكره واضح صورة وتعليل لخلق قوله وأصله أن الوصية لامهات الأولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو أن الوصية لمن جائزة استقصاوا القياس أن لا تصح لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاه و ذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية محبة لا باطلة والصحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلاث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح الوصية لها قياساً أجيب بان الوصية بثلاث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزاً ومضافاً بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقاً لانها اعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلاً ولذا قيل أن يقول الوصية بثلاث المال اماناً صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الأول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلاث المال والجواب أن أمة ليست كالعبد لان عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى فلو كان (٣٧٨) بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على ما عول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل

قال (ومن أوصى بثلاث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لمن ثلاثة ولكل فر يق سهمان وأصله أن الوصية لامهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنس بان الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجوداً حينئذ فتصير الوصية بشئ موجوداً لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوماً فاذا وجدت شاة واحدة اتفقت المانع نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جاع لا اسم جنس ليكون المقصود من الإضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ما ليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة اليها ولا يقتضى وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلاً أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنم أو فقير من حنطى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسعدي في شرحه لانه لما أضاف الى الغنم علمتان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءاً من الغنم وأنه يصنع جزءاً للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشئ معدوم ولا وجود له عند الموت أيضاً فلا تصح اه نامل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لامهات الأولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فهي أمة فتستحق الوصية بعد موت مولاه وبعد موت

(قوله والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلة) أقول فيه بحث لان بطلان الوصية لامته بشئ غير رقبته انما هو لانها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولا انها تكون وصية للوارث وليس احدى تملك العتق بوجوده في أم الولد أما الأولى فلان للموصى به ملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان ملكاً أما الثانية فلانها لا تنقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فليتأمل (قوله فان قيل الوصية بثلاث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول وفي المصنف وفي الكافي في المنفردات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلاث ماله لعبد عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لانه من جملة مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث ماله ومن ملك نفسه عتق وصى في ثلث قيمته للوارث وملك ثلث ماله لانه كالمالك كاتب عنده والوصية للمكاتب محبة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شئ دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزى الاعتاق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبد بشئ من رقبته يصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبد بمال وصية لوارثه لان المال في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فوصية له لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلاث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه حرة وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حرة عندهما وبمؤلة المكاتب عند أبي حنيفة فتوارى الوصية للمكاتب جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتعاضدان ان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

فسرهاهما

مونه عند أبي حنيفة لانه من جملة مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث ماله ومن ملك نفسه عتق

وصى في ثلث قيمته للوارث وملك ثلث ماله لانه كالمالك كاتب عنده والوصية للمكاتب محبة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شئ دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزى الاعتاق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبد بشئ من رقبته يصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبد بمال وصية لوارثه لان المال في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فوصية له لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلاث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه حرة وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حرة عندهما وبمؤلة المكاتب عند أبي حنيفة فتوارى الوصية للمكاتب جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتعاضدان ان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

وقوله (وأذناه في الميراث) قيد

بذلك احترازاً عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصرّفاً الى الاثنين والوصية في معناه من حيث أن كلا منهما تملك المال بعد الموت كان الجمع هناك أيضاً منصرفاً الى الاثنين وقوله (نجد ذلك في القرآن) يريد به قوله تعالى فان كان له أخوة فلامه السدس والمراد به الاثنين فصاعداً وقد عرف في موضعه وكذا قوله (وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل) قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلاً وجّه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشارة يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحسان المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشرية وهي تقتضي المساواة والمساواة إنما تثبت اذا أخذ من كل واحد منها ثلث المائة مقتضى اشراكه اياهما جلة واحدة وأما ما أخذ نصف كل مائة لو كان اشترآه مع كل واحد منفرداً

وفسرناهما في الزكاة لمحمد رجه الله أن المذكور لفظ الجمع وأذناه في الميراث اثنتان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنتان وأمّهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فيبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلاثة لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثة لفلان وثلثاه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند لا يصرف الى مسكينين بناء على ما بيناه قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا خور قد أشركتكم معها فله ثلث كل مائة)

مولاهما حال حلول العتق بهما فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لأمته بشئ غير رقبة باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بهما بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة (أقول) فيما ذكرنا من وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاهما حال حلول العتق بهما ممنوع بل حال حلول العتق بهما إنما هي حال موت مولاهما لا بعد موت مولاهما اذ لا شك أن أم الولد تعتق حين موت مولاهما ولا ينظر عتقها الى ما بعد موتها فهي بعد موت مولاهما حرة فلم تكن الوصية لأم الولد وصية لأمته في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يتخرج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان وأعل الامام فاضل حنّان والامام المحبوبي عن هذا قالاً أما جواز الوصية لامهات اولاده فلان أو ان ثبوت الوصية وقتها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فيجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلاً عنهما قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال بعده جائزة ولم يعتق بعده مائة وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح لها الوصية قياساً على ما في الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لثقلته ثلث رقبة فكانت وصية برقبة والوصية برقبة اعتناق وهو يصح منجزاً أو مضافاً بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقاً لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلاً وإتقان أن يقول الوصية بثلث المال اماناً صادفتها بعد موت المولى وهي حر أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضاً تورّد علتنان مستقتلتان على معلول واحد الشخص وهو ثلث رقبة وأذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبله مما على الوجه الذي قرره لان التزديد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشك الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشك الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعاً لا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا خور قد أشركتكم معها فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية يتو هذا

لعبه بعين لم تجز لانه وصية لولاه وهو وارث وبثلث ماله يصح ويكون وصية بالعتق (قوله لمحمد رجه الله ان المذكور لفظ الجمع وأذناه في الميراث اثنتان) قيد بقوله في الميراث احترازاً عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هنا ينصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصرّفاً الى الاثنين والوصية في معني الميراث من حيث ان كلا منهما تملك المال بعد الموت فكان الجمع مصرّفاً ههنا أيضاً الى الاثنين فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يطل فيه معنى الجمع ويصير للجنس قيل له تخلف الحكم عن ذلك الاصل هنا المعنى آخر وهو ان الوصية أخذت الميراث وأقبل الجمع في باب الارث اثنتان فكذا في أخيه فان قيل انما يتأتى هذا الجواب ان لو بقي جمعاً قيل له انما تبطل الجمعية لثلاث يلزم التشكيك والتمسكار والجهالة في الوصية متحملة ولهذا لو أوصى بثمرة بستانه ولا ثمرة له أو بثلث ماله ولا ماله ثم استأدما لا تخت الوصية مع الجهالة في أصله وتدره (قوله نجد ذلك في القرآن) قال الله تعالى وان كان له أخوة فلامه السدس والمراد من

وليس كذلك (بخلاف ما إذا أوصى لرجل اربع مائة درهم ولا خرباثنين ثم كان الاشراك) أي ثم قال لا خرباثنين كمثل مهمما فان له نصف كل المال كل منهما لان تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشراك (فجعلناه على مساواته لكل) واحده منهما كما هو وجه القياس (علا (٣٨٠) باللفظ بقدر الامكان) وقوله (ومن قال) يعني لو رثته (على لفلان دين فصدقه)

يصدق الى الثلث استحقاقا (وفي القياس لا يصدق لانه أقر بمجهول) والافرار بالجهول وان كان محسبا لكن اذا اقترن به من جهة القريبين وقد فات بموته وقوله فصدقه يعني فيما قال لا يصلح بيانا لكونه (مصدرا مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بجملة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا تعلم أن المقر تصد به هذا الكلام تقديره على الورثة) وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر (الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق الذي عليه دون مقداره معيانه في تغريغ ذمته فجعلها) أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصيا غير ذلك بعزل الثلث لا يحجب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يراحم المعلوم فيعزل المعلوم وفي الافراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم استحقاقا وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد أشرك الثلث فيما أوصى به لكل واحد منهم كما في استحقاق المائتين وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهم مائتين المائتين أما اذا أخذ من كل واحد منهم نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا أنه أشرك معهم مائة واحدة فلا يعتبر بشارا كما ابا دمع كل واحد منهم مائة متفرقا انتهى واقفي أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما مرجه المصنف فيقتضي لفظ الاشراك التسوية بالريب فان كان معنى قول الموصي للثالث قد أشركتكم معهم اشراكا مهمما جلة واحدة أي التسوية بين الكل لا اشراكا مع كل واحد منهم ما نفردا أي تسوية يتمع كل واحد بنصف نصيبه به فلهذا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلامعنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيين متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فعنى كلام الموصي اغتورعا أحدهما لا غير فلم تصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكرناه وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما يمكن تحقق المساواة بين الكل ولا يجعل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان ومن افرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الافرار بالجهول وان كان محسبا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال هنالك للورثة اعلوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي الاخوة اثنان فصاعدا (قوله ثم كان الاشراك) أي قال للثالث أشركتكم معهم فيما أوصيته لهما كان له النصف من كل واحد منهما جاعلا لتفاوت المالين وان أوصى لاحدهما بمائة ولا خرباثنين أخرى

بمقدار

الافرار لفظا وشبه الوصية تنفيذا فاعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الافرار يجعل شاعا في الثلاث ولا يخص بالثلث الذي لا يحص الوصايا عملا بالشبهين

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في زيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لاني الثلث ولا في أقل منه بل يزحس بقول الورثة وأصحاب الوصايا فانما

بقدر هذا الحق وأبصر به ولا تخروا له ما وعسا هم يحتفلون في الفضل إذا ادعاهم بصدقه وبعد الإفراز
يصح إقرار كل واحد منهما في يده من غير منازعة (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال
لورثة صدقوه فيما شئتم) لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فإذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن
في التركة ديناً شائعاً في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلاث ما أقروا والورثة بثلاثي ما أقروا) تنفيذاً لإقرار

فألبهم البيان كما مر في الكتاب فتأمل (قوله وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال
لورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله
أنه تصرف يشبه الإقرار أعطى ويشبه الوصية تنفيذاً فاعتباراً وشبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث
ويعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عسلاً بالشبهين اهـ
قد سبقه تاج الشريعة إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع
الشبهين أن كان أمراً واجباً كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الإقرار في هذا التصرف إذا لم
يوص بوصاً بغير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير في الموصي له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادعى
شيئاً فاعطوه من مالي ولم يعتبروا بشبه الإقرار قط حيث لم يجعلوا له حكماً أصلاً في تلك الصورة وإن لم يكن ذلك
أمراً واجباً فكيف يصلح ذلك تعليلاً لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعتراض عليه بعض الفضلاء بوجه
آخر حيث قال فيه بحث فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة ولا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة
وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ وقصدي بعض المتأخرين أن يجب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد
تسليم ذلك أن عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالعني لا يصدق في صورة
دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ (أقول) ليس هذا بمسألة تقيم فإن مراد ذلك المعارض
أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة ولا في الثلث ولا في أقل منه كالأخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل
يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاً ما بلغ فنأين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب
العناية بقبول شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم
الجواب عنه بما ذكره ذلك المحبب تأمل توقف ثم إن الإمام الذي يليق استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في
شرح الكنتز هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من
الثلث وهذه الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا بالثلث على تقدير أن تكون
الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول)
هذا الاشكال ساقط جداً لا يلزم الورثة في هذه الصورة أن يصدقوه إلى الثلث كالألزمهم أن يصدقوه
في أكثر من الثلث وإنما لا يلزم لهم ولا أصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا وليس في هذه
الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فإن أصحاب الوصايا فيما إذا كانت الوصايا تستغرق الثلث
كله لا يأنذون الثلث بطريق الثلث التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والإفراز فكان ذلك الثلث باقياً
على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاءوا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من
جهة العزل والإفراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز
تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضاً فكيف جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن
هذا قالوا إن هذا تصرف يشبه الإقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار

وقبيلهما سواء ثم قال لا تحرقوا شركتكم معهما فله الثلث من كل واحد منهما عند أبي يوسف ومحمد وجوزع
الله وعند أبي حنيفة رحمه الله من كل واحد نصفها لأنه لا يرى قسمة الرقيق فصارت بمنزلة وصيتين مختلفتين
وأبو يوسف ومحمد رحمه الله يجوز أن قسمة الرقيق فصارت كأنه أوصى بالالف لهذا وبالالف لهذا ثم أشركنا لثالثاً
معهم (قوله ديناً شائعاً في النصيبين) وهذا لأنه دين في حق المستحق فكان شائعاً في النصيبين باعتبار

وقوله (ومن أوصى لاجنبي ولوارثه) ظاهر وقوله (وهذا) أي هذا الإيصاء بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا جنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) كلا يصح في حق الوارث (لأن الوصية إنشاء تصرف) أي ابتداء تملك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها والشركة إنما تثبت حكمه عقبيه بحيث لم يقع التملك الذي هو السبب في بطلان حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مقررا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها أو ما في الأقرار فبسبب فسبب الشركة غيره وهو ما كان بينهما قبلها فان الأقرار يقتضي سبق المنعبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك أي في الأقرار بالمال المشترك لأقرار الوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادقا على ذلك أو جحد الاجنبي أو الوارث ذلك أو أنكره (٣٨٢) جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا لم يتصادقا صح في حصص الاجنبي لأن

الوارث مقر بطلان حقه كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما الممين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لاجنبي ولوارثه فلا جنبي نصف الوصية تبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما علك الإيصاء به وبما علك فصع في الأول وبطل في الثاني بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت لأن الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاجا فيكون الشكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازه الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل ولا جنبي وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا جنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضا لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكمه فصع في حق من يستحقه منهما وما الأقرار فاختار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولا لانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الشكل فلا يكون مفيدا وفي إنشاء حصص أحدهما ممتازة عن حصص الآخر بقاء وبطلان قال (ومن كان له ثلاثة أبواب جيد ووسط وودي فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو شبه الأقرار يجعل شاعا في الثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشهين نامل ترشد) قوله وعلى كل فريق منهما الممين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف ووصية في حق التنفيذ لا يحميها يجعل ذلك منه وصية وباعتبار الوصية ينغذي ثلث التركة فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا لأن ثلث التركة في أيديهم والورثة بثلث ما أقروا لتكون الثلثين في أيديهم تنفيذا للأقرار كل فريق في حقه فان أقر المزمع مع ذلك بدين مسمى فالمسمى أولى لانه أثبت الأقرار ولو قال ما ادعى فلان من مالي فهو صادق قال أبو الليث رحمه الله لا رواية وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان سبق منه دعوى في شيء معلوم فهو له والا فلا شيء وفي اللاشي لو قال كل من يدعي شيئا فاعطوه فهو باطل الا ان يقول ان رأي الوصي ان يعطيه فاعطوه فينتد يعطى من الثلث وفي التنازل لو قال ان ادعى على أحد ما بين ألف الى خمسمائة فاعطوه ان لم يعقد الاعطاء برأي الوصي أو برأي رجل معلوم فالوصية باطلة (قوله وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا جنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) أي الإيصاء لوارثه والاجنبي يخالف الأقرار لهما هذا إذا تصادقا أما إذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو الوارث أنكر شركة الاجنبي فالأقرار باطل أيضا وقال محمد رحمه الله يصح في حصص الاجنبي لأن الوارث مقر بطلان حقه بطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر ولهما ان حق الوارث لم يضر من حق الاجنبي وإنما أوجب مشتركا بينهما فلا يمكن اثباته بدون هذا الوصف (قوله وفي الانشاء حصص أحدهما ممتازة عن حصص الآخر بقاء) أي في

الوارث مقر بطلان حقه ويصلح لاق حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وقال ابنه مشترك كما هو المبطل وقد وجدوا قائل أن يقول هذا الأقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فواجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن اليقين لا يزول بالشك وتقريره أن حصص كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففي كل جزء فرضته يشتر كان فيثبت للاجنبي المالك فيه بالنظر الى صحة الأقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الأقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلان) أي بقاء في حق الاجنبي وبطلان في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث

لا ممتازة حصص كل منهما عن حصص الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أبواب جيد ووسط وودي فالح) رجل له ثلاثة أبواب جيد ووسط وودي فخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب من الرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأبواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه فذلك الثوب الذي هو حقه كانت الوصية باطلة ليكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبي شيئا الخ) أقوله ينبغي أن يشامل أنه هل يمكن جعله دليلا بلا ملاحظة الدليل الأول قال المصنف (حتى يبطل الشكل فلا يكون مفيدا) أقول لانه لو صح في نصيب الاجنبي فمأخذنا أخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف ويصير للورثة فجميع الوارث ناسيا عليه بنصف ما بقي في يده لانه لم يسله مأخذ ولا واستحق هكذا الى أن بقي في يده فلس فلا يكون مفيدا في حق لاجنبي فافهم الآن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر ولكن الامر سهل

القضاء وتحصيل المقصود وهو اتتمام غرض الوصى (الآن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتدأ بتعليق جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء وان ابتدأ بتعليق جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو أن يقال الهالك أن كان أرفع من الباقيين لحق صاحب الوسط في (٣٨٣) الجيد منهم ما وان كان الهالك أودأمن الباقيين لحق صاحب الوسط

والورثة نتج ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك فدهلك فكان المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال (الآن تسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلما زال المانع وهو الجود فيكون لصاحب الجيد ثلث الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لاحق له في الرديء بعينه لانه اما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولاحق له فيه ما وصاحب الرديء لاحق له في الجيد الباقي بعينه لانه اما أن يكون جيداً أو وسطاً ولاحق له فيه ما ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الاسلى فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلثا الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدارين رجلين فأوصى أحدهما بيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال الورثة اذا بلغ ما أخذ من الغريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائداً عليه ويخلف أصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في أيديهم فتمام اه (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أما قوله ينبغي أن يخلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الغريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائداً عليه فلا تخلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائداً على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعى هنالك ممن يدعى حقاً لنفسه من تركته الميت ولا ريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركته الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا حرج بخلف الورثة اذا أنكروا وأما قوله ويخلف أصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في أيديهم فلا تخلف بالثابت الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث المال الميت مطلقاً والمدعى فيما اذا ادعى زائداً على الثلث انما يدعى الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لانسحق دعواه أو أفاضل عن التحليف (قوله ومعنى جودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك فدهلك) أقول في ظاهر تعبير المصنف ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلاثة معاً والمفروض في وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منهم باغبر معلوم ان خصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك فدهلك فانه كذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع أصلاً فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لو احدى منهم بعينه الثوب الذي هو حقك فدهلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين حق الاجنبي وطلاناً أي في حق الوارث وهذا لان الوصية انشاء تصرف أي اثبات أمر لم يكن والشركة تثبت حكمه وحكم الشيء هو الاثر الثابت به فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه ولم يصح تصرفه في حق الورثة فلم توجد علة ثبوت الشركة فاذا لم تثبت الشركة صح تصرفه في حق من يستحق وهو الاجنبي وبطل في حق الوارث (قوله ومعنى جودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك فدهلك) يريد بهذا ان الورثة يجحدون بقاء حق واحد منهم بعينه ويقولون حق واحد منهم حكم بطل ولا يدري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليك شيئاً فالوصية باطلة لانه اذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه لا فائدة في بقاءها فبطل كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله (قوله وكان المستحق مجهولاً) كما اذا أوصى لاحدهذين الرجلين فان الوصية باطلة لما قلنا ان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتتمام غرض القسم عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كذا ذكره ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هنالك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذالم تكن من جنس واحد

(قال المصنف لانه اما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولاحق له فيه ما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصلي (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول مثلاً يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطاً وحال كونه أودأمن الرديء وقس عليه تعلقه بالرديء

محمد مثل ذرع نصف البيت أنه أوصى بملكه بملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينقل الأول
ووقوف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسم التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما إذا أوصى بملك الغير ثم
اشتراه ثم إذا قسمها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وإن وقع
في نصيب صاحبه مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها
إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية
تبطل بالأقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسم ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسم لأن
أظهاره يقصد الإصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسم لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد
استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمية تابع وانما
المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمية فيه وعلى اعتبار الإفراز بصير كان البيت ملكه

لصاحبه والاولى في التعبد بما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيان وهو أن
المراد بجحد الورثة أن يقولوا حق واحد منكم بطل ولا تدري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليك شيئاً
والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحدهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب
الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقه فكله تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد وافتقار صاحب الكافي
في هاتيك العبارة مع ظهور ركائنها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمية تابع وانما المقصود الإفراز
تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمية) قال صاحب العناية فيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمية
والإفراز هو الظاهر في المكملات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن
فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هذه البعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر
في العروض الأنهم إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمية عند طلب أحد الشركاء وما
نحن فيه كذلك فكل معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكره ههنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله
هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد وإلى هذا أشار بقوله
وانما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمية فيه اه وقد سبقه إلى أصل هذا السؤال
والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خطب الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جداً حيث قلنا
التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ولكن خالفنا مرجع ما ذكره المصنف في كتاب القسمية وما أطبقا
عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في
الحيوانات والعروض الأنهم إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمية عند طلب أحد الشركاء
لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر كإتيان قضاء الدين وقال ذلك
الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضي على القسمية
في ذلك أجاب بقوله الأنهم إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمية عند طلب أحد الشركاء لأن
فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن
الغير كإتيان قضاء الدين فان المدينين يجبر على قضاء الدين والدينون تقضى بأمثاله أقصا ما يؤدي بدلا عما في ذمته
اه ولا يذهب على ذي مسكة أن مضمون الجواب المذكور ههنا مما ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف
بقوله ههنا ومعنى المبادلة في هذه القسمية تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي تمحل الشارحان المزبوران

والى هذا أشار بقوله (وانما
المقصود الإفراز تكميلاً
للمنفعة ولهذا يجبر على
القسمية فيه) والباقي ظاهر

الموصى (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمية تابع) قيد بقوله في هذه القسمية لأن الدار بجنس واحد فيكون
الإفراز في قسم الدار لواحدة راجحاً ولهذا لا يجري الجبر فيها بالإجماع أولان معنى المبادلة وإن كان راجحاً في
العقار إلا أن في هذه القسمية معنى المبادلة تابع تعميلاً لنصف الموصى وباب الوصية أوسع ولهذا يصح

وقوله (امالانه عوضه كذا كراه) يعني في الجارية الموصى بها وقوله (اولانه اراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (فتصير السهام أحد عشر له وصى له سهمان ولهم تسعة) فان قيل ينبغي أن يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم (٣٨٥) للموصى له وأربعة للورثة لانه لما صحّت الوصية عندهما في

عشرة أذرع بقى حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تسعة بذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين

قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر)

عشر أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظرا لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعا فينقص

اذا منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمس ذراعا كاملا وقد نقص الخمسة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تملك الموصى ملك شريكه وليس له ذلك

وأما اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لانه لا يملك سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضاً يزداد حق الورثة أيضاً بسهم لان لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمس ذراعا وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقى أربعين وهم

أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعة للورثة فيجعل كل عشرة سهما وهذه القسمة أصح عندي انتهى هذا النظر يرد على تقديره الكافي وروداً طاهرا (قوله وحق الموصى له في خمسة تسعة بذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في

لانه لما صحّت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقى حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في عشرة وحق الورثة في أربعين

من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه امالانه عوضه كذا كراه اولان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما يمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جميعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير اولانه اراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كذا اذا علق الولد وطلاق المرأة بول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد في العتق ولد حتى ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد في ضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على

لدفعة ما تخلاه أن يقال يعني ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكمل والموزون الا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا فيصح التصرف الموصى وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام فاضلنا حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا يتفرّد أحدهما بالقسمة ولو اشترى ادا او قسمه لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام ألا يرى أنه يجبر عليها ولو بى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري لو قسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لمكانت الاحكام على عكسها فثبت انما افراز من وجه فيجعل افراز في حكم الوصية فيصحها للوصية لان مبنائها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحّت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالتمر والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر أنه أوصى بما ملكه اه نذر (قوله وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه كذا كراه) يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه أي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الاخر لان الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتم بقرين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصى وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصى فبالتمام الاصلية في ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله امالانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا في افادة المطالب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآخرين ونحوه المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى

بالمعدوم على خطر الوجود كالتمر والغلة (قوله فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة لانه لما صحّت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقى حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في عشرة وحق الورثة في أربعين

(٤٩ - تكملة الفتح والسكافيه - ناسع) أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعة للورثة فيجعل كل عشرة سهما وهذه القسمة أصح عندي انتهى هذا النظر يرد على تقديره الكافي وروداً طاهرا (قوله وحق الموصى له في خمسة تسعة بذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في

فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة سهمافصار السكلى أحد عشر وقوله (وقيل لاختلاف فيه لمحمد) بل قوله في الاقرار كقولهم في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى (٣٨٦) من مال الرجل لا خير بالف) ومن أوصى من مال الرجل لا خير بالف بعينه فابلاغه فاما ان

الخلافا وقيل لاختلاف فيه لمحمد والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يومئذ بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لا خير بالف بعينه فابا ز صاحب المال بعدموت الموصى فان دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لان هذا تبرع بملك الغير فيتوقف على اجازته واذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمنع من التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في غير جهة صحيحة لمصادقتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى قال (واذا اقتسم الابن تركه الابن ألقا ثم أقرأ أحدهما لرجل أن الابن أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليقبى له النصف ووجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهى في أيديهم ما في يدهم يكون مقرابا ثلث ما في يده بخلاف ما اذا أقرأ أحدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرابا تقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا أن يسلم للورثة ثم تلاه ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن لا خير به أيضا فبدأ أخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيراد على الثلث قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولد او كلاً هـ ما يخرج من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تبع احين كان متصلاً بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها بمدة على ملك الميت حتى يقضى به اديونه دخلت في الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء أخذ من الولد) وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له سمانا تدرهم وأمة تساوى ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعند هـ ماله ثلث كل واحد منهما ماله ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حاله الاتصال فلا يخرج عنها بالاتصال كفى البيع والعقق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله أن الام أصل والولد تبع والتبع لا يراحم الاصل فلونفذنا الوصية فيهما جميعاً تنقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز

فتمثل (قوله) والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يومئذ بالتسليم الى المقر له (الخ) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق انما يتمشى في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصى وأما في صورة ان وقع بعده في نصيب الآخر فلا لان الموصى حينئذ كان مقراباً بملك الغير لغيره ولم يصير مالاً كاله بعد ذلك حتى يومئذ بتسليمه الى المقر له ومستلثنا نعم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله) وجه الاستحسان انه أقر بثلث شائع في التركة وهى في أيديهم ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل اقرار المرئى ان ابنه لو أقر باخ في بعده أخوه الا أن يدفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا

أربعة سنين فيعتبر زعم كل فريق في حق هـ جعلنا كل خمسة سهمافصار السكلى أحد عشر (قوله) ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى) أى قبل القبول وقبل القسمة (قوله) كفى البيع والعقق) يعنى فنسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا اعتق جارية حامل اعتق ولدها تبعاً فاذا ولدت يسرى الولد كذلك عتقاً أو نقول اذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة فان العتق ينفذ فيهما وان لم يخرج من الثلث يوزع بينهما (قوله) وله ان الام أصل) أى أصل في الوصية لان الايجاب تناولها قصد والولد تبع في الايصاء

يجوز الوصية أولاً فان كان الثاني بطلان كان الاول حازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله أن يمنع وان أجاز هـ لان هذا تبرع بملك الغير الى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح الى قوله (فيكون مقراباً تقدمه فيقدم عليه) فان كان الدين مستغرقاً جميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالاتصال كما في البيع) يعنى تسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجوداً فاوصى به ما وقبضت هـ ماله نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك هـ هنا (وله أن الام أصل) يعنى في الوصية (والولد تبع فيه) أى في الوصية على تأويل الايصاء وانما كانت الام أصلاً لان الايجاب تناولها قصد

بحث فلم لم يعتبر زعمه تمسكاً بمذهب محمد اذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا ان كل ما جاز باجازه الورثة يملكه المجاز له من قبيل الموصى

عندنا خلافاً للشافعى قال المصنف (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذا الاخ الذى أقرأ أحد الابنين باخوته بخلاف وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطى له نصف ما في يده المقر كما سبق في آخر كتاب الاقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً) أقول الظاهر أنه بالخاء المهملة أى ما يصير حصته منهما يقال حصته منه كذا أى صار حصته منه

مضى حكم الإيجاب إلى الولد ولا مساواة بين الأصل والتبعية فتنفذ الوصية بالأمر ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقا قبل الولادة فلا يتغير بزيادة المال لأنه يؤدي إلى نقصها في بعض الأصل وذلك لا يجوز لأن فيه إبطال الأصل بالتبعية وقوله (الا أنه لا يقبله بعض العوض) جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع في التبعية (٣٨٧) لا يؤدي إلى نقصه في الأصل فإن بعض

الثلث لا يقبله شيء في ذلك وفيه نقص له بحصته ووجهه أنه إنما لا يقبله بعض الثلث ضرورة مقابلة بالولد إذا اتصل به القبض فإن العوض الواحد لا يقبل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقص في المبيع لأن الثلث تابع إلى آخر ما ذكره وقوله (وإذا اتصل به القبض) إنما قصد بذلك أن مقابلة بعض الثلث بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضا بالأصل حتى لو هلك قبل القبض بأقصة مما لا يقبله شيء من الثلث بل بأخذ المبيع بجميع الثمن والله أعلم * (فصل في اعتبار حالة الوصية) قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلّي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المسائل ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المسائل بمنزلة الأصول والأصل مقدم على العارض كذا في الشروح (قوله وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو وصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الأقرار وبطلت الوصية والهبة)

بخلاف المبيع لأن تنفيذ البيع في التبعية لا يؤدي إلى نقصه في الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه إلا أنه لا يقبله بعض الثلث ضرورة مقابلة بالولد إذا اتصل به القبض ولكن الثلث تابع في المبيع حتى ينعقد المبيع بدون ذكره وإن كان فاسدا (هذا إذا ولدت قبل القسمة فإن ولدت بعد القسمة فهو الموصى له) لأنه إنما خالص ما له لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

* (فصل) في اعتبار حالة الوصية قال (وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو وصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الأقرار وبطلت الوصية والهبة)

لأنه أقر بالمساواة وعندما لم يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن والحاصل أننا قلنا هنا بإصل مالك وتعمل زفر هنا بإصلنا فلا بد للثمة الحنفية من الفرق بين الأقرار والوصية والاتحاد يحتمل أن يكون في المسئلة روايتان إلى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما في أن المساواة من لوازم البيعة للاخوة دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بيعة فالأقرار بالبيع يتضمن الأقرار بالمساواة بخلاف الأقرار بالوصية فإنه لا يتضمن الأقرار بها اهـ (أقول) ليس هذا بشيء فإن الذي من لوازم الاخوة إنما هو المساواة في حصة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الاخوين فقط كنصف التركة مثلا ولا يلزم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في حصة التركة إنما تقتضي كون حصة الأخ المقر له ثلث ما في يد المقر لنصفه كما فيما نحن فيه من الأقرار بوصية ثلث المال فور ما قاله صاحب التسهيل من مطابقة الفرق بين المستثنين ثم أن قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بيعة ليس بتمام أيضا لأن المساواة إنما تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة أو ما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً للاختصاص الوارث في البنين وكون أقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلاث ماله فلا بد من الفرق بين المستثنين بوجه آخر كما لا يخفى

* (فصل في اعتبار حالة الوصية) لما ذكر الحكم الكلّي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المسائل ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المسائل بمنزلة الأصول والأصل مقدم على العارض كذا في الشروح (قوله وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو وصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الأقرار وبطلت الوصية والهبة)

(قوله ضرورة مقابلة بالولد إذا اتصل به القبض) قيد باتصال القبض بالولد للمقابلة لأن مقابلة بعض الثلث بالولد إنما تكون أن لو كان مقبوضا بالأصل والأفلا (قوله هذا إذا ولدت قبل القسمة) أي قبل القبول أيضا فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به ولا يعتبر بوجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايعتها عنهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر بوجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وإن ولدت قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لأنه لم يدخل تحت الوصية قصد ولا سراية والمكسب كالأول في جميع ما ذكرنا والله أعلم بالصواب * (فصل في اعتبار حالة الوصية)

وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الأقرار وجوازه كون المقر له وارثا للمال لأن الأقرار تخليق للحال فمضى كان المقر له وارثا يوم الأقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضا

* (فصل في اعتبار حالة الوصية)

لان الاقرار ملزم بنفسه وهى اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة اوفى حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها يجب عند الموت وهى وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكمان لان حكمها يتقرر عند الموت لا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثالث قال (واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او وصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما يجب ان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ارث ثمة الا يثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهى طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهى نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذلك كان الابن عبدا ومكاتب فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنة والوصية باطلة لما ذكرنا ان الاعتبار فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تملك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هى في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان الاعتبار في جواز الوصية وفسادها كون الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للعالم لان الاقرار تملك للعالم ففي كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا اه واقتضى اثره في هذا التقرير صاحب العناية (اقول) في عبارتهما خل حيث قالان الاقرار تملك للعالم مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بان الاقرار ليس بملك بل هو اظهار للمقر به وقالوا لهذا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه وفرغوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تملكه مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثالث عند عدم اجازتهم ففي العبارة ان يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله وكذلك لو كان الابن عبدا ومكاتب فاعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام أى لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافا الى وقت الموت أما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هنا (وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه أى على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر في الكتاب

وقوله (لان الاقرار ملزم) فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التملك ولهذا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يشبه الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالسوت في باب الوصية وقوله (الا ان الثاني يؤخر عنه) أى تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لانه) يعنى الوصية بتأويل الايصاء وقوله (وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتب فاعتق) يعنى لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافا الى وقت الموت أما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هنا (وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه أى على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر في الكتاب

(قوله) أما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير ههنا هكذا على ما نقله الاتقان وقال في المريض اقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو وصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبدا فاعتق في هذا اه

(قوله لان الاقرار ملزم بنفسه) أى لا يتوقف على غيره حتى ترتب عليه الاحكام من صحة اعتناق المقر له واقراره لغيره وغير ذلك من الاحكام (قوله والهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكمان) لان حكمها يتقرر عند الموت فان قبض يشكل بما اذا وهب المريض في مرض موته جارية لرجل فانه يحل للموهوب له وطهر ولا يحل للموصى له ذلك قلنا حل الوطء مبنى على الملك والمالك ثبت له بالقبض ولكن على عرصة الانتقاض لظهور الدين عند الموت وذلك لا يمنع حل الوطء كفى الاستحقاق والرد بالعيب قلنا حل الوطء بناء على ثبوت الملك اعتبارا بجهة التخيير وقلنا يبطل بالدين اعتبارا بجهة الاضافة وانما تجعل الهبة بمنزلة الوصية اذا كان الموهوب له قد قبض فاما اذا كان قبل القبض فانما تبطل (قوله وكذلك لو كان الابن عبدا أو مكاتب فاعتق) أى يبطل الاقرار والوصية والهبة كالمكاتب لو كان نصرانيا فاسلم قبل موت الاب

وقوله (والمعقد والمفلوج) المتقدم من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه (٣٨٩) وبطل عن الحسن والحركة (والاشل)

من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرفة في الصدر ونقشها وقوله (صار طبعا من طباعه) يعني خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حدث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كالموت تصرفه عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتدأى فيكون مرض الموت والله أعلم)

من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرفة في الصدر ونقشها وقوله (صار طبعا من طباعه) يعني خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حدث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كالموت تصرفه عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتدأى فيكون مرض الموت والله أعلم)

من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرفة في الصدر ونقشها وقوله (صار طبعا من طباعه) يعني خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حدث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كالموت تصرفه عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتدأى فيكون مرض الموت والله أعلم)

من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرفة في الصدر ونقشها وقوله (صار طبعا من طباعه) يعني خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حدث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كالموت تصرفه عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتدأى فيكون مرض الموت والله أعلم)

قال (والمعقد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فبهته من جميع المال) لأنه اذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشك في التداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حدث وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتدأى فيكون مرض الموت والله أعلم)

(باب العتق في مرض الموت)

قال (ومن أعتق في مرضه عبدا أو باع وحيا أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا) وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب العتق قبل الموت لم يذكره فان أراد بذلك أن صورة الاقرار لم تذكرهنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورنا الوصية والهبة أيضا لم تذكرهنا بعينها صراحة بل اندرجنا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فاعتق فباعتني جعل هذه المسئلة شاملة لصورتين الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان أراد بذلك أن صورة الاقرار لم تذكرهنا أصلا صراحة بعينها ولا اندرجنا في اطلاق إشارة شئ فهو ممنوع فان مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولغظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهبه هبة فقبضها أو وصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا اه ولا يذهب عليك أن صورة الاقرار دون صورة الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت اطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فاعتق ما ذكرناه هو أنه يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضا للدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الاقرار أن قوله قال والمعقد بيان أن في صورة الاقرار رواية للصحة أيضا وكذا في صورة الهبة وأم في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا تبصر ترشد

(باب العتق في مرض الموت)

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه (أقول) فيه فتور لأن الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية يجب بعد الموت وهذا من غير مضاف كما صرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم أنه في حكم الوصية اذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لأن جميع المال كما سيأتي أيضا في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق في المرض أمرا مغايرا حقيقة للوصية ولو لم يكن كان في حكمها أفرد به باب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هي الأصل (قوله) وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز (أقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول

(قوله) اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت) ومدة التطاول مقدرة بالسنة والمراد من الخوف الغالب منه النفس الخوف (قوله) انه اذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه) لأن المغير لحكم التصرف مرض الموت وهو ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون كذلك اذا كان يحال يزداد حاله لا الى أن يكون آخره موت فاما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت فلا يكون سببا للموت كالعشى ونحوه وانما يكون في حكم المرض في أول ما أصابه ذلك اذا صار صاحب فراش وصاحب الدق والسل قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض لأن الانسان قبلما يخلو عن قليل من مرض فسادا يخرج في حوائج نفسه ولم يصير صاحب فراش لا يعد مريضا عند الناس كذا ذكره الامام فاضل بن رحمه الله والله أعلم

(باب العتق في مرض الموت)

كل من هو لا يحكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

وقوله (كالضمان والكفالة) غاير بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بالف على أني ضامن لك بخمسة مائة من الثمن سوى الألف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لأعلى المرأة والخمسة مائة على الضامن دون المشتري وقوله (وما نغذوه من التصرف) أي نجزه في الحال ولم يصفه الى ما بعد الموت (فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا (٣٩٠) فهو من جميع المال وان كان مريضاً فهو من الثالث وكل مريض صحيح منه فهو كحال

الوصايا الاحقية الوصية لانها لا يجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباراً من الثالث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجلبه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتم فيه كافي الهبة وكل ما أو جبه بعد الموت فهو من الثالث وان أو جبهه في حال صحته اعتباره بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نغذوه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحاً فهو من جميع المال وان كان مريضاً من الثالث وكل مريض صحيح منه فهو كحال الصحة لان البرء تبين أنه لاحق لاحد في ماله) وقوله (فان حابي ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبداً يساوي ألفين من رجل بالف وأعتق عبداً يساوي ألفاً ولا ماله سواههما (فالحمابة أولى) وان ابتدأ بالعق نخاص فيه (عند أبي حنيفة في الأول يسلم العبد للمشتري بالف) ولم يبق من الثالث شيء إلا أن السبق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمة للورثة توفي الثانية يتحصان في مقدار الثالث (وقال العتق أولى) سواء قدم الحمابة أو أخرها فاعتق العبد جازاً لان قيمته بقدر الثالث ويخبر المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لمالزم من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد أني درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أي المنجز لا المقوض الى اعتناق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو وصي بعتقه بعموته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح)

الوصايا الاحقية الوصية لانها لا يجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباراً من الثالث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجلبه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتم فيه كافي الهبة وكل ما أو جبه بعد الموت فهو من الثالث وان أو جبهه في حال صحته اعتباره بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نغذوه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحاً فهو من جميع المال وان كان مريضاً من الثالث وكل مريض صحيح منه فهو كحال الصحة لان البرء تبين أنه لاحق لاحد في ماله) وقوله (فان حابي ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبداً يساوي ألفين من رجل بالف وأعتق عبداً يساوي ألفاً ولا ماله سواههما (فالحمابة أولى) وان ابتدأ بالعق نخاص فيه (عند أبي حنيفة في الأول يسلم العبد للمشتري بالف) ولم يبق من الثالث شيء إلا أن السبق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمة للورثة توفي الثانية يتحصان في مقدار الثالث (وقال العتق أولى) سواء قدم الحمابة أو أخرها فاعتق العبد جازاً لان قيمته بقدر الثالث ويخبر المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لمالزم من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد أني درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أي المنجز لا المقوض الى اعتناق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو وصي بعتقه بعموته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح)

من جهة الموصي فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كالجائز (قوله) وانما قدم العتق الذي ذكرناه أنفاله أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه الفسخ وكذلك الحمابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي (أقول في هذا الخبر) قصور بل خلل أما أولاً فلان قديم من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو ومفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أضافاً في الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في الحمابة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلاً وان لحق الحمابة من جهة غير الموصي وهو المشتري وأما ثانياً فلان قوله وغيره بلحقه الفسخ لوهم باطلاً لانه أن يلحق الفسخ الحمابة أيضاً من جهة الموصي مع أنه قال وكذلك الحمابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحريم هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلاً والحمابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي أيضاً ان كثيراً من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره بلحقه

(قوله) كالضمان والكفالة) والضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة كما إذا قال لاجنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن وكذلك لو قال بع هذا العبد بالف على أني ضامن لك بخمسة مائة من الثمن سوى الألف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لأعلى المرأة والخمسة مائة على الضامن دون المشتري (قوله) وما نغذوه من التصرف) كالأعتاق والهبة (قوله) الا العتق الموقع في المرض) أي العتق المنفذ (قوله) والعق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح) احتراز عما لو قال هو حر بعد موتي اليوم أو قال أعتقوه بعد موتي فليس هذا هو العتق الذي يتدأ به والخرف فيه انما يكون منقذاً عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو في المعنى أسبق مما يحتاج الى التنفيذ والترحيع يقع بالسبق توضحه أن المعلق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الدون فان صاحب الدين ينقذ باستيفاء دينه اذا طغر بحسن حقه وهنا بنفس الموت يصير مستوفياً بحقه والدين مقدم فكذلك ما في معناه وقيل قوله كالتدبير الصحيح احترازاً عن التدبير المعتل مثل أن يقول ان مت من مرضي

احترازاً عن الغاسم منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتي اليوم كسجحي وقوله (والحمابة في البيع) بالرفع واذا معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره بلحقه) أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعق والوصية بالمال

قال المصنف (لانها لا يجاب بعد الموت) أقول قياساً من الشكل الثاني (قوله) وغيره بلحقه أي غير العتق الموقع (أقول فيه) أن الظاهر أن يقول أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعق المعلق وتعميم الموقع بهما بخلاف الظاهر

وقوله (يستوى فيه من سواهما) أى سوى العتق والمحاباة وقوله (لهما فى الخلافة) وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم فى الثبوت) ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا واصل أو فصل ولا عبرة بالبداة فكذلك ههنا وقوله (لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة) يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لأنه لم تثبت فى ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه

وقوله يستوى فيه من سواهما أى سوى العتق والمحاباة) أقول فيه شئ فإن لفظة من تاتى هذا التفسير (قوله وهى التى قدم الخ) أقول فيه شئ فإن الظاهر التعجب للمستلئين (قوله) وقوله لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول ضمير عنها واجبع الى المعاوضة (قوله فكان تبرعا بمعناه) أقول نذكر كبر الضمير الراجع الى المحاباة ما باعتبار الخبر أو لكونه بمعنى أن مع الفعل أو على ناويل ماذا كر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكون المحاباة أقوى منه

وإذا تقدم ذلك فسبق من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما فى الخلافة أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم فى الذكرا لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أو لا دفع الاضعف وإذا وجد العتق أو لا وثبت وهو لا يحتمل الدفع

الفسخ أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فإن العتق المعلق غير الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتسديد الصحيح مع أنه لا يخفى أن العتق المعلق أيضا يلحقه الفسخ عندنا فالقول أن يقال فى تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ أى غير العتق الذى ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى فيه يثبت يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا يساعد لا محالة فإن العتق الذى ذكره يعنى العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله) وإذا قدم ذلك فسبق من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية فى تفسير قوله يستوى فيه من سواهما أى سوى العتق والمحاباة واقتضى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماعة ظاهرة فإن كلمة من فى قوله من سواهما تاتى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافى ذلك كما ترى فالوجه فى تفسير ذلك أن يقال أى سوى العتق والذى حوى له أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف فى تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل وألفظ الضاحب لكنه خلاف الظاهر فى مقام التفسير إذا المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الانحاء والتعمية فبقيت السماجة فى تفسيرهما المسد كور لا محالة (قوله لهما فى الخلافة) قال صاحب العناية فى بيان الخلافة وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني (أقول) هذا مخرج فاسد لأن الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كنه المسئلتين المذكورتين وهما التى قدم فيها المحاباة على العتق والتى قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يمشى فى تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لتفسير الخلافة هنا بما يخص المسئلة الأولى منهما والصواب فى بيانها أن يقال وهى التى اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله) ولا معتبر بالتقديم فى الذكرا لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت) قال فى العناية ألا يرى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا واصل أو فصل ولا عبرة بالبداة فكذلك ههنا اه وهكذا ذكر فى النهاية ومراجع البراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الايصافى صورة التنوير بآزول وقت موت الموصى فى حق كل واحد منهم لان الوصية تملك مسلك مضاف الى ما بعد الموت فكان فهم معنى التعليق والحكم فى التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت فى حق كل واحد منهم فى صورة التنوير بزمان واحد فلماذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فإن العتق الموقع فى المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة فى البيع إذا وقعت فى المرض والمنجز يوجب الحكم فى الحال لا محالة فينبغى أن يثبت الحكم فى المقدم فى الذكر قبل أن يثبت فى المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل

هذا أو من سفرى هذا أو من مرض كذا والتعليل بقوله لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه الفسخ يعنى العتق الموقع والتسديد الصحيح لا يلحقه الفسخ وكذا المحاباة فى البيع لأنها فى ضمن البيع فيلزمه بلزومه بخلاف التسديد المقيد فإنه يلحقه الفسخ من جهة الموصى بالبيع وهذا خلاف الرواية وفى المبسوط ولو قال ان حدث لى حدث من مرضى هذا فهو حرقه ليدأ به قبل سائر الوصايا (قوله) ولا معتبر بالتقديم فى الذكر) لأنه

وقوله (قسم الثالث بين المهاباة اثنين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المهاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث وهو أن يقال المهاباة الأولى مساوية للمهاباة الثانية والمهاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمهاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضاً لو جازى ثم جازى ولم يخرج من الثالث تحاصوماً ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح يستدعى أن تنفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضوعه وعن الثاني بأنه انما تحاصلان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض بنفذه ثم ينقص اذا لم يخرج من الثالث واذا كان كذلك فنفسذاه جميعاً ثم نقصناه بعد الموت ويثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثالث بين العتق الأول والمهاباة وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني) فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمهاباة قلت لا يستقيم لان المهاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً بالها والعتق الأول مقدم على المهاباة فيزاحمها في الثالث ثم ما أصاب العتق الأول شاركة فيه العتق الآخر للمعانة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المهاباة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المهاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المهاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كالأول وليس معها عتق آخر وتقدمت المهاباة لا يجب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الأول لان (٣٩٢) حق العتق الأول وحق المهاباة سواء في الثالث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب

المهاباة البيع لم يلزمه من زيادة الثمن كان الثالث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بان يعتق عن هذه المائة بان يعتق عن هذه المائة (بد) كلامه واضح وقوله (وبقي غنى من الحجة رد على الورثة) قال الامام الكافي الآن يكون الموصى جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقض ما أثبتته قال المصنف (ثم ما أصاب المهاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق) أقول قال في الكافي فان قيل ينبغي أن يكون تمام الثالث للمهاباة الأولى عنده

كان من ضرورته المزاجية وعلى هذا قال أبو حنيفة فترجعه الله اذا جازى ثم أعنتق ثم جازى قسم الثالث بين المهاباة اثنين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المهاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعنتق ثم جازى ثم أعنتق قسم الثالث بين العتق الأول والمهاباة نصفين وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بان يعتق عنه هذه المائة بعد فذلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة فترجعه الله وان كانت وصيته بحجة بحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها بقي شيء من الحجة رد على الورثة لا يعتق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قريبة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قريبة بحضه وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا أوصى لرجل بمائة ففعلك بعضها بدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر يختلف فيه وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق ويعنده حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى فاختلاف المستحق

(قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة فترجعه الله تعالى اذا جازى ثم أعنتق ثم جازى قسم الثالث بين المهاباة اثنين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المهاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المهاباة الأولى مساوية للمهاباة الثانية والمهاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فيستويان (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة) لا يوجب التقدم في الشبوت لان زمان التقرر بعد الموت والكل يتقرر معاً (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة) رجه الله اذا جازى ثم أعنتق ثم جازى قسم الثالث بين المهاباة اثنين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المهاباة الأخيرة قسم

لان المهاباة الثانية مساوية للعتق والمهاباة الأولى مرجحة على العتق والمساوى للمرجوح وهذا مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوى المهاباة والمهاباة راجحة على العتق الثاني والمساوى للسراج راجح فلنا لا يترج العتق على العتق والمهاباة على المهاباة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخلاً وكذا اذا انحلت الغير اه وذكر المسئلة في عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحاً ثم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقدم اذا كان سبباً لمساواة المرجوح لا راجح تكون سبباً أيضاً لرجحان المساوى والجواب ان سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاجية ضرورية وأحد المتساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لانه ليس أقوى منه فتثبت المزاجية أيضاً ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضوعه) أقول فيه نامل فانهم صرحوا بانه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها فتنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا قولنا مساوى المساوى مساوؤهم صرحوا بصدقه ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليست (قوله لا يجب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الح) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدور) أقول لانه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للجانس

وهذا

لان المهاباة الثانية مساوية للعتق والمهاباة الأولى مرجحة على العتق والمساوى للمرجوح

مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوى المهاباة والمهاباة راجحة على العتق الثاني والمساوى للسراج راجح فلنا لا يترج العتق على العتق والمهاباة على المهاباة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخلاً وكذا اذا انحلت الغير اه وذكر المسئلة في عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحاً ثم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقدم اذا كان سبباً لمساواة المرجوح لا راجح تكون سبباً أيضاً لرجحان المساوى والجواب ان سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاجية ضرورية وأحد المتساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لانه ليس أقوى منه فتثبت المزاجية أيضاً ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضوعه) أقول فيه نامل فانهم صرحوا بانه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها فتنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا قولنا مساوى المساوى مساوؤهم صرحوا بصدقه ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليست (قوله لا يجب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الح) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدور) أقول لانه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للجانس

العتق الثاني للجانس

وقوله (وهذا أشبه) يعني إلى الصواب لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيخالف المستحق إذا هلك منه شيء وبطل الوصية وترد المائة إلى ورثته وقوله (ومن أوصى بعق عبده) أي باعتاق عبده وقوله (لانه يتلقى المالك من جهته) (٣٩٣) أي لان الموصي له يتلقى المالك من جهة الموصى (الآن ملكه)

أى ملك الموصى (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذارحاً محرم من الورثة لم يعتق عليهم ما بين أن ملك الميت فيه باق بعد حاجته (وإنما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أى بالدفع مع عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين

(قوله وقوله وهذا أشبه) يعني إلى الصواب) أقول الظاهر تبديل إلى الباء (قوله لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعق عبده ثم مات فبني العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى) أقول قال في الكافي والاصل أن الإيصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فان شأؤا دفعوه وان شأؤا دفعوه فان دفعوه صح الدفع لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا بتقديم على من يتلقى المالك وهو الميراثى له وبطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حياً فكذا يبطل حق من يتلقى المالك من

وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد أقيمته مائة درهم وقد كان أعقبه في مرضه فجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء) لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا أنها تجوز باجازه الورثة لان لا ممتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعق عبده ثم مات فبني جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى لانه يتلقى المالك من جهته الآن ملكه فيه باق وإنما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما علمها المحابة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضاً لو حاجى ثم حاجى ولم يخرج من الثلث تخصا صوماً ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح يستدعى أن ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عسرف في موضعه وعن الثاني أنه انما تخصا لان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينقض ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت له بما يحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية إلى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الاول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً لم يقل المصنف قط أن التقديم مطلقاً يقتضى الترجيح بل انما قال أن تقديم الاقوى يقتضى الترجيح كافي لتقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذا ذلك دافعا للاضعف المؤخر وما تقدم غير الاقوى فلا يقتضى الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كافي لتقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوى كافي لتقديم احدى المحاباة على الاخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلاً على ما ذكره المصنف والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسدylan لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة لم يستلزم النتيجة لذاته الا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غيرية اذا صدقت ثالث المقدمة كافي قولنا أمساو لب مساو لـ ج فانه ينتج ويستلزم أن أمساو لـ ج بواسطة مقدمة غيرية صادقة وهي ان كل مساوى المساوى مساو والسؤال الاول يمثل هذه الصورة فلا بدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كالأخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه ان اريد أن يتفقد المحاباة بين جميعاً ثم ينقضها بعد الموت يرتفع تقدم احدها على الاخرى فذلك أمر لا يساعده العقل وان اريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضى الترجيح مطلقاً

بينها وبين العتق فان قيل ينبغي أن يكون تمام الثالث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الاولى راجحة على العتق والمساوى للمرجوح مرجوح فكذا في المسئلة الثانية ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوى المحاباة والمحاباة راجح على العتق الثاني والمساوى للراجح راجح قلنا لا مرجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة لا جاع اذا لم يكن الغير مختلاً وكذا اذا تخلل الغير (قوله) وهذا أشبه) أى بالصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيخالف المستحق إذا هلك منه شيء (قوله) يتلقى المالك من جهته) أى الموصى له يتلقى المالك من جهة الموصى فيكون ولي الجناية مقدماً عليه أيضاً (قوله) (الآن ملكه) أى ملك الموصى فيه باق لحاجته حتى لو كان العبد ذارحاً محرم من الورثة لم يعتق لما بينا أن ملك الميت باق لحاجته وهذا لان ملك الورثة مالا خلافة فلا يثبت ما لم يستغن الاصل منه وهذا جواب اشكال وهو أن يقال لما كان حق ولي الجناية مقدماً على حق الموصى والموصى له ينبغي أن تبطل الوصية قبيل الدفع

(٥٥ - (تكملة الفتح والكفاية) - تاسع) جهته ألا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعهده بسبب الدين تبطل الوصية فكذا ههنا وان اختاروا الغداء فعابهم الدية لا لآثارهم وجازت الوصية انتهت ولا يخفى في عليك الخافعية بين وبين الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية فغيباً يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص على التمر ناشى

فان فداء الورثة كان الغداء في أموالهم (٣٩٤) أي كانوا متبرعين فيما قدوة به وقوله (ومن أوصى بثلاث ماله لا خير) واضح

وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في محنته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لأن الاقرار بهذين الأمرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الآخر ان لو كان أحدهما متاخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وهما لا حاصلان معا بتصديق واحد بقوله صدقنا جعل كان الأمرين كانا وثبتا بالبينتين فيثبتان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولا يبي حنيفة وجهان أحدهما ان الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لامن حيث المعنى لان اعتناق المريض المدبون يرد من حيث المعنى بوجود السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لولاه المريض أعتقتني في محنتك وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقنا عتق العبد ويسعى في قيمته لغريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف) (الح) له ما أن الودعة لم تظهر الا والدين ظاهر

فالصواب في رد السؤال الثاني ثبوتها عليه آ نفا من أن الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لأن التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الاول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقل عن القوائد الجيدة بحيث قال فان قيل ينبغي أن يقدم الثالث بين الكل أثلاثا لان الحسابات الثانية مساوية للاولى والعتق مساوية للمعاينة الثانية فكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو لا لثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وهذا يخرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال للمعاينة الاولى ترجح على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن ترجح على العتق كالاولى لان المساوي للراجح راجح لمساو وأن رجحان الاولى بمعنى يخصه وهو تقدمه عليه وكذا لو قال ينبغي أن لا يكون للمعاينة الثانية

الجواب عنه ان مال الموصي فيه ما لم يدفع به وبقاء الوصية باعتبار بقاء مال الموصي فاذا دفع زال ملكه فتبطل الوصية (قوله فان فداء الورثة كان الغداء في أموالهم) أي كانوا متطوعين (قوله وهو خصم في اقامتها) جواب عن اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله فان العتق عنده حق العبد فلا بد من الخصومة وهو الدعوى حتى تقبل البيعة ولم توجد الدعوى من العبد فينبغي أن لا يقبل البيعة على العتق والجواب عنه أن البيعة انما وجدت من الخصم فان الموصي له به هذه البيعة ثبت لنفسه صدق فيكون خصما والبيعة من الخصم مقبولة (قوله والعتق في الصحة لا يوجب السعاية) وان كان على المعتق دين لان من أعتق عبدا في محنته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء فلهذا ان الاقرار بهذين الأمرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الآخر ان لو كان أحدهما متاخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وهو: السعاية لا بتصديق كل واحد يجعل كان الأمرين كانا وثبتا بالبينتين معا لذلك (قوله ولا يمكن اسناد العتق) وهذا لان العتق لم يظهر الا وادعاه الدين وانه يمنع ظهور العتق بجائز في المرض واسناد العتق الى حالة الصحة يكون بعد ثبوته فصار الدين مانعا لاسناد العتق الى الصحة فبقي العتق مقصورا (قوله وعلى هذا خلاف) وفي شرح الجامع الصغير وشروح المنظومة

معها في تصاصان كالأقرب بالدين ثم بالوديعة إذا اقر من الوارث بالدين على الميت تناول التركة لئلا يلزمه فقد وقع معاً بخلاف المورث وله أن
حقه ثبت في عين الألف مقارناً لثبوت الدين في الذمة وعند انتقائها منها إلى الألف كان الألف مستحقاً بالوديعة كالألف كان المورث حياً وقاله
ذلك فقال صدقتمنا والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب * (فصل) * قدم باب العتق في المرض
على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الغسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة
أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو صدقة فطر فاما أن يوصى به أو لا فإن كان الثاني لم (٣٩٥) تؤخذ من تركته ولم تجز الورثة
على إخراجها لكن لهم

أن يشيروا بذلك وإن كان
الاول ينفذ من ثلث ماله
عندنا ثم الوصايا أمان
تكون كلها لله تعالى أو
كها للعباد أو يجمع بينهما
في العباد خاصة تقدم
ذكرها وماله تعالى اما
أن يكون كله فرائض
كالزكاة والحج والصوم
والصلاة أو واجبات
كالكفارات والنذور
وصدقة الفطر أو كله تطوعاً
كالحج التطوع والصدقة
على الفقراء وما أشبههما
أو يجمع بين هذه الوصايا
كها بان جمع بينها والثالث
بجمل جميع ذلك تنفذ
وصاياها كلها من ثلث ماله
وكذلك إن لم يجمع ذلك
ولكن أجازت الورثة وإن
لم يجزوها فإن كانت كلها
لله وهي فرائض كلها أو
واجبات كلها أو تطوع يبدأ
بمبدأ به الميت وإن اختلطت
ببدء بالفرائض قدمها
الموصى أو أخرها مثل الحج
والزكاة والكفارات لأن
القرية أهم من النافلة
والظاهر منه البسداء بما

* (فصل) * قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو أخرها مثل
الحج والزكاة والكفارات) لأن القرية أهم من النافلة والظاهر منه البسداء بما هو الأهم (فان تساوت في
القوة بدئ بما قدم الموصى إذا ضاق عنها الثالث) لأن الظاهر أنه يبدئ بالأهم وذكر الطحاوي أنه يبدئ
بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد
شي لأنهما مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح كذا في الفوائد الجديدة اه فتأمل
* (فصل) * ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا إذا ضاق عنها الثالث كذا في غاية البيان
وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الغسخ بخلاف
مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت
الفرائض منها قدمها الموصى أو أخرها) أقول بشكل إطلاق هذه المسئلة بالعق في المرض والعق
المعلق بموت الموصى على أصل أبي يوسف ومحمد وجهها الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل
الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقر في محله وفي الباب السابق أيضاً أنه يقدم على الفرائض منها
بالاتفاق وإن كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً فلا
عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لأن القرية أهم من النافلة والظاهر منه البسداء بما هو الأهم) أقول بر
على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى أو أخرها إذ على تقدير أن أخر الفرائض
تكون بداءته بالنافلة لا يحل فلا يقع منه البسداء هناك بالأهم إذ لا شك أن الأهم هو الفرائض فكيف
يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البسداء بما هو الأهم والجواب أن المراد بالبسداء في قوله والظاهر منه
البسداء بما هو الأهم هو البسداء في الاعطاء والتبليك لا البسداء في الذكر والتلفظ فالتعني أن الظاهر من حال
الموصى البسداء في الاعطاء والتبليك بما هو الأهم في الشرع وإن أخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو
أن يكون المراد بالبسداء المذكورة بداءة من ينفذ وصاياهم يؤذيها إلى محلهما من الوصى والغاضى ونحوهما
لابداء نفسه فالتعني أن الظاهر من حال الموصى أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياهم ويصرفها إلى محلهما بما هو
الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثالث
لأن الظاهر أنه يبدئ بالأهم) يعني أن تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها

الخلافاً على عكس هذا فعندهما بالوديعة أقوى وعندهما سواء والله أعلم

* (فصل) * (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها) الوصايا لا يتخللها ما أن يكون
كها لله تعالى أو كلها للعباد وما كان لله تعالى فلا يتخللها ما أن يكون كله فرائض كالزكاة والصوم والحج
والصلاة أو كله واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعاً كالوصية بحج التطوع والصدقة
على الفقراء وما أشبهها فان جمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يجمع جميع ما أوصى فانه ينفذ
وصاياها كلها من ثلث ماله لا يجمع ذلك فان أجازت الورثة فكذلك وإن لم تجز الورثة فإنه ينظر

هو أهم وإن تساوت في القوة يعني أن يكون الشكل فرضاً أو واجباً أو تطوعاً كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصى لأن الظاهر أنه يبدئ بالأهم

لو تركت ألف وهذا يدعى * دينا وذلك قال هذا مودعي والابن قد صدق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا
* (فصل ومن أوصى بوصايا) * (قوله والصدقة على الفقراء) أقول فانها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وإن لم يجزوها فان
كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج إلى توجيه كالأجنبي (قوله لأن القرية أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالقرية هنا ما يعم الواجب
فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آتينا من عددها من الواجبات والقرية لئلا تارادها مقابلتها بالنافلة

فان قيل أين ذهب قول أبي

يوسف ومحمد ولا معتبر
بالتقديم في الذكرفانه
لا يوجب التقديم في الثبوت
ففي هذه المسئلة حجة لابي
حنيفة رحمه الله عليهما

أجيب بان هذا مختص
بحقوق الله تعالى ليكون
صاحب الحق واحدا وأما
اذا تعدد المسحق فلا معتبر
بالتقديم كقول أوصى بثلثه
لانسان ثم أوصى بثلثه
لا تخر قوله (فان كاهة تعلق
بهاحق العباد) يعني
باعتبار أن الفقير بجهة في
القبض ثابت فكان ممتزا
بحقين وقوله (اذ جاء
فهما من الوعد ما لم يأت
في الكفارات) أما في الزكاة
فقوله تعالى والذين يكتزون
الذهب والفضة الآية وأما
في الحج فقوله تعالى ومن
كفر فان الله غنى عن العالمين
مكان قوله ومن لم يحج وقوله
صلى الله عليه وسلم من مات
وعليه حجة الاسلام ان
شاهات يهوديا الحديث
وقوله (والكفارة في القتل
والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر) قوله

(قوله فان قيل أين ذهب)

أقول يعني في الفصل السابق

(قوله في هذه المسئلة حجة

لابي حنيفة عليهما) أقول

أبو حنيفة لم يعتبر التقديم

في الذكروالا فلو أوصى بثلثه

لانسان ثم لا تخر لم أن

يقدم المقدم وجوابه اعتبار

عدم الجانسة عنده فيه صر

به الخباري فراجع قوله أجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بجحت

وجه الاولى انهما وان استويا في الغرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الاخرى ان الحج يقام
بالمال والنفس والزكاة بالمال فصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لئلا يترتب
عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعد ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على
صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاخصية

فرائض أو واجبات أو فوافل بدئي بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن
يبتدئ بالاهم (أقول) لقائل أن يقول في تمام التعليل نظرا اذا الظاهر أن الاهم في حقوق الله تعالى ما هو
الا أقوى منها والمغروض في وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من بعض
وان وجد التفاوت بينهما من القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الغرضية أو لوجوب أو التثقل
فالظاهر أنه أهمها ما هو أقوى في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أراد بالاهم في قوله لان الظاهر أنه
يبتدئ بالاهم ما هو الاهم أي الا أقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدئ به اذ لا يبتدئ كل أحد
الى معرفة ما هو الا أقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداءه
بشيء منها دليل على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أراد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند المبتدئ
كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن يبتدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر
أن يبتدئ به فسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداء في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكر
مع العلم بكون ما أخر أهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبتدئ بما هو
الاهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا أيضا مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الاهم عند الشرع
حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى أو أخرها فليستدبر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل
المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم الوصايا ما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما
في العباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى ما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة
أو واجبات كالكفارات والتذورات وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما
أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جاع بينهما والثلث يتمثل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله
وكذلك ان يتمثل ذلك ولكن أجازة الورثة وان لم يميز وها فان كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات
كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة
والكفارات لان الغرضية أهم من النافلة والظاهر منه البداء بما هو الاهم اه كلامه (أقول) في تقريره
خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يميز وها ما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات
والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا الجامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو الظاهر من
سياق كلامه حيث قال فان جاع بينها فاساق كلامه الخ يسلم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله وهي فرائض
أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع
قسمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسمات منها وان رجع الى الثانية
فمع كونه مما ياباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها ملامتر وكافي مقام التفصيل

ان كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر ان كانت كلها فرائض فانا نبدأ بما بدأ به الميت وان كانت واجبات فانه
يبدأ بما بدأ به أيضا وكذلك لو كانت كلها تطوعا فان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات وبعضها تطوعا فانه
يبدأ بالفرائض أولا وان أخرها ثم بالواجبات ثم بالتطوع (قوله اذ قد جاء فيهما من الوعد) قال الله تعالى
والذين يكتزون الذهب والفضة الآية وقال الله تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج
وقال عليه السلام من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا وان شاء مات نصرانيا (قوله والكفارة في
القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) وانما قيد بهذه الكفارات الثلاث في التقديم على صدقة

للاتفاق

كفارة الافطار لانهم ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبت صدقة الفطر بأثر مستقيمة وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها (٣٩٧) واجبة بإيجاب الشرع والنذر واجب بإيجاب العبد والنذر

تقدم على الاضحية لتوقع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذر (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) يعني قوله لان الظاهر أنه يستدعي بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية ويروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعنق مثلاً سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرب وراجع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد وتجعل كل جهتين جهات القرية مفردة بالضرب ويقسم على عددها فإذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزاد يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجمعها وان كان مقدراً وهو رضا الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فتقسم كما تفسر وصايا الأدميين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرية اذا وصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجمعاً عنه

لا تغافل على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية على هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فصار القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجمعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتقسم كما تنفر دو صايا الأدميين قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجمعاً عنه وجل من بلده يحجركا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفي من بلده والوصية لاداء ما هو لواجب عليه وانما قالوا اكلانه لا يلزمه أن يحج ماشياً فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجمعاً عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمها فيه غير أن أجوزناه لاننا علم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى

وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل السك أو لا يحتمل ذلك ولكن أجازوه لورثته فان كلامه قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينهما ولم يذكر فيما بعد أصله لافقوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشراح المذكورين لم يوافقوا فيما وقع من زيادة قوله فان جمع بينهما بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك في التفرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ما له يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلام عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل تقف (قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذر واجبة بإيجاب العبد اهـ (أقول) لقائل أن يعارض ويقول عرف وجوب النذر بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذر على صدقة الفطر بناء على ذلك كما تقدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليهما لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكفاي فان قيل اذا كانت الوصية

الفطر لما أن صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر لان كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد وصدقة الفطر بانخبار مستقيمة والاجماع (قوله على هذا القياس تقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن صدقة الفطر وجبت بإيجاب الله فيقدم على الواجب بإيجاب العبد والنذر والكفارات كلها مقدمة على الاضحية لان الاضحية تختلف في وجوبها ولم تختلف في وجوب النذر والاضحية مقدمة على النوافل ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها لان كفارة القتل أقوى الأثرى ان الاسلام شرط في ذلك ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لان كفارة اليمين وجبت بهنك حرمة امم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين أقوى (قوله وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) بان أوصى بان يحج عنه تطوعاً أو أوصى بان يعتق عنه نسمة تطوعاً ولم يعينها أو أوصى بان يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا باعيانهم فانه يبدأ بما بدأ به الميت وانما كان كذلك لان الموصي له في هذه الصورة واحد وهو الله تعالى لان الوصية بالحج يجب وكذلك الوصية بعق نسمة لا يعينها صحت لله تعالى للعبد لان العبد اذا لم يكن بعينه كان مجهولاً والوصية للمجهول لا تصح فثبت أن الموصي له واحد والمقصود واحد وهو التقرب الى الله تعالى (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان الظاهر انه يستدعي بالاهم (قوله وصار كما اذا صرح بذلك) وهو أن يقول ابدؤا بما بدأت به هذا هو ظاهر الرواية ويروى الحسن عن أصحابنا رحمه الله انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعنق سواء بدأ بالصدقة أم آخرها (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا) ما كان لله تعالى وما كان للعبد فيجعل

(قوله وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول قال السرخسي في محيطه لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلوة والسلام تباهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعتها اشد الى غيره ونفع غيرهما مقصود

وقوله (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل) يعني على مذهب أبي حنيفة وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الخ قوله (ومن خرج من بلده حاجا) قيد به لأنه إذا خرج للتجارة يبيع عنه من بلده بالاتفاق وسيد ذكره بعيد هذا قيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن فاما إذا لم يكن فيبيع عنه من حيث مات بالاتفاق لأنه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك إذا أوصى وقوله (لهما ان النسرة بنسبة الحج وقع قربة الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا أطمع (٣٩٨) بعض المساكين ومات فأوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطمعه بالموت ذكره في الاسرار فاما

من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فان في الطريق وأوصى ان يبيع عنه يبيع عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنسبة الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع آخره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيبيع عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداءه للواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرا فانه منعوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى وبالمحاباة في البسيع اذا وقعت في المرض فان كلامنا بقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقها الفسخ أصلا وقوة المحاباة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى كما مر في باب العتق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق حق العبد عنه وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرفت تدبر (قوله لهما ان السفر بنسبة الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية بقوله لهما ان السفر بنسبة الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا أطمع بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطمعه بالموت ذكره في الاسرار فاما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأوجب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزأ في

هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأوجب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزأ في الطريق أن لا يبيع بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفرض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفقته وأما الاطعام فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا أطمع البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع أصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مشلا لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج أفضل من

كل جهة من جهات القرية مفردة ولا يجعل جهة واحدة نحو أن يقول ثلث مالي في الحج والثلث في الكفارة والثلث في زكاة أو يقسم على أربعة أسهم لان كل جهة من هذه غير الجهة الاخرى وان كان مقدرا وهو القرية ولكن تعتبر الجهة المسماة لان الجهة المنصوص عليها هو كذا أو أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم وان كان المقصود من الجميع القرية ثم ما أصاب القرب يصرف بالسها على الترتيب الذي ذكرنا (قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل) والفرق وقع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ما ذكر قبل هذا الفصل في قوله وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفذها فيمن يشترى بأقل منه تنفذها في غيره الموصى له الخ (قوله ومن خرج من بلده حاجا) قيد بقوله حاجا لأنه لو خرج للتجارة فانه يبيع من بلده بالاتفاق واليه أشار بقوله بخلاف سفر التجارة (قوله على ما قررناه) أراد به قوله قبل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يبيعوا كمالا الواجب لله تعالى الحج من بلده الخ والله أعلم

لعتق لانه من الاركان الخمسة والبداءة بالافضل أولى لانه أحل ثوابا وأعظم أجرا اه وأنت خير بان قوله ونفع غيرها (باب) يقتصر عليه منعوض بالعتق قال المصنف (لهما ان السفر بنسبة الحج وقع قربة) أقول وقرر العلامة النسفي في السكا في دليل الطرفين هكذا لهما ان لسفر بنسبة الحج وقع قربة وقد وقع آخره على الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما إذا خرج بنسبة التجارة لأنه لم يقع قربة فيبيع عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته أقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة وانما الخروج للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء ونعم يبيع عنه من بلده فهما كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول ينبغي في كفارة الظهار

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون عذر أبي حنيفة وقالاهم الملائقون وغيرهم من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه ما عذر صرفه الى الجيسع بصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق

جق الامر بدليل ان الاول لو بداله في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجوز له مردما انفعه وأما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا أطمع البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجوز له كذا في الاسرار وهذا ليس بدفع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة العمل به والحلم يمكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب للذات ذكرهما بقوله وردوا واجب منذ كورون في النهاية وغيرهما تصرف هذا الشارح نعم انما هو في قوله وهذا ليس بدفع الحسافة اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان التجزئ لا ينقطع وغير التجزئ ينقطع حتى يردعاه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في التجزئ وانما يضر في غير التجزئ فان كل عمل غير تجزئ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويحق بالعدم كافي الصوم والصلاة والحج غير تجزئ فاذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصى اذا لم لا واجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل التجزئ فانه لا يلزم من انقطاع قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتم الاخر ما بقي منه كذا اذا أطمع المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجوز أن يترك عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعاً لعدم فرق الشارح المزبورين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما أطمعه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما أطمعه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزئ ينافي الانقطاع والام يمكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزئ الاطعام تعارضاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقدرته أن التجزئ لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في التجزئ وغيره الا أن الاكمال بما بقي منصوص في التجزئ دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فصار تركه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدأ ينظر في العموم كذا في الشرح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الأقارب نظر الى ترجحة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماماً بامر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهيه كاسد أما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارج حتى أي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف لانه فيه وأما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فامر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظر الى ترجحة الباب على الثاني يعني لما تقدم ذكر الوصية للأقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضاً ليحصل التناسب بين الاجال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارج حتى لا يدفع ذلك بل لا ريب وما الثاني فلان الاهتمام

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

أراد به قوله قبل هذا ومن أوصى بجهة الاسلام أحجوا عن جلال الخ

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

انما آخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدأ ينظر في العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الأقارب نظر الى ترجحة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماماً بامر الجار (قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجيسع)

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

(قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظر الى ترجحة الباب) أقول فانه نص على خصوص الأقارب وقدم

وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد نأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد ومآله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا طلاق ولا يدخل عندهما

بامر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا الفعل ذلك في ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولم يفرق بينهما هناك علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فيمكن حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله) ولانه لما عذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق (الخ) أو ضحي في السكاني حيث قال ولانه لما عذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية صرفا الى أخص الخصوص وهو الملاصق اه وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما عذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض في الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصي نفسه على شيء من ذلك لاحقية تولا عرفا بتخلاف من يسكن بحلة الموصي ويجمعهم مسجد محله فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفا كما سيأتي في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محله كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله) ولان المقصد بر الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصي من ابصائه لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجهه كما لا يخفى (قوله) قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المصنف فيما مر بقوله ممن يسكن بحلة الموصي الآن يكون ما نقله ههنا عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريرها يبي ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف ممن يسكن بحلة الموصي الاشتراك السكني في استحقاقهم الوصية عندهما ملا كأ وغيرهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكني عندهما ان كانوا ملا كدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بنام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن اذا كانوا ملا كحتى يفهم منه عدم اشتراط السكني عندهما ان كانوا ملا كما ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية تولا وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكني عندهما في استحقاقهما الوصية وان كانوا أحرارا وملا كافاه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للذازدل قطعاً على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكني مولاه الذي هو الموصي له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكني عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكني

(قوله وما يروى فيه ضعيف) وهو ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أشار الى الجوانب الثلاثة بمن ويسار وخلف قلنا هذا خبر لا يعرف وقد طعن في روايته منع ذلك (قوله) ويدخل فيه العبد الساكن عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله لا طلاق أي لا طلاق اسم الجار وعندهما لا يدخل وفي الزبادات والمحيط ولا يدخل فيه العبد والاماء والمدبرون وأمهاات الاولاد لانه لا جوار لهم لانهم اتباع في السكني من غير ذكر خلاف والارملة تدخل لان سكنها مضاف اليهم والتي هي ذات بعل لا تدخل لان سكنها غير مضاف اليها فلم تكن جاراً حقيقة

يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض صرفا الى أخص الخصوص وهو الملاصق وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقوله (وما يروى فيه ضعيف) يعني ما يروى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أربع مرات انشأه الى الجوانب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا انصح كان نصافي الباب وقد طعن في روايه (قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي) قال محمد في الزبادات على غيرهم المذكور مجبلا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا بد منه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لسكن من الاقارب والجيران خصوصية تستدعي الاهتمام فبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الاقارب في الاجمال والجيران في التفصيل (قوله) أشار الى الجوانب الاربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار الى الجوانب الثلاثة بمن ويسار وخلف (قوله) وقال ابن قدامة) أقول من

و ينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكن تحت الوصية من الجيران (٤٠١) الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن

ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال أبو بكر بن شاهويه هــم كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو المالك وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد بالحداد المسجد سمع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أي لأقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة لان الصهر في اللغة يعني الحتن أيضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لأختانه) يعني أن الأختان تطاق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعممة والخالة وغيرهما على محارم الأزواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم المذكور والانتى كلهم في قسمه الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لأقاربه)

الحنابلة (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبي بكر بن شاهويه (قوله وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي) أقول

(٥١ - (تكملة الفقه والكفاية) - (تاسع) لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر (قوله لان الصهر في اللغة يعني الحتن أيضا) أقول بدليل قوله لكل أبي بنت اذا ماتت عرس * ثلاثة أصهار اذا عدد الصهر فالهم خدر ونانهم امرؤ * وثلاثهم قبر وخبرهم القبر

لان الوصية وصية تولاها وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكرا مالها وكانوا اسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار ولومات الموصى والمرأة في نسكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية بقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا المحارم الأزواج) لان الكل يسمى خنثا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب بالابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لأقاربه فهمي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان

عندهما ان كانوا لا كل من الخلافة المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية وصية تولاها وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولما نزل أن يقول لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له واستحقاق الوصية فجعل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذا العبرة بوقت الموت فالخلاف بين ما غير حقيقي وأيضا الوصية بدأ للعبد ثم تولاها لان العبد وما ملكه تولاها فسكنه كافي في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شق كلامه غير صحيح أما الأول منها فلان العبرة اذا كانت بوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فحين كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا لبحالة وأما الذي كان عبدا وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فنخرج عن محل الخلاف المذكور قطعاً لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بل لا ريب فكيف يجعل الكلام عليه وأما الثاني فلانه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن تلك شئ للعبد تملك كما مضى الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاها ثانياً بل معناها تملك شئ مولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به والاي لازم أن يكون العبد أهلاً للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد فاذا كانت الوصية للعبد وصية تولاها وكان التملك تملكاً مولاها فلا معنى أقول ذلك البعض فسكنه كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أي لأقرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة أهوا فتقني أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحب الغنية ومعرّج الدراية (أقول) نفس الاصهار في هذه المسئلة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف في ما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار فان كلا

(قوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) وان كانت ثرت منه بان كان الطلاق في حالة المرض كذا في الغنى (قوله ومن أوصى لأقاربه فهمي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه الخ) وحاصله ان عند أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة ستة أشياء أحدها ان يكون المستحق في هذا اللفظ ذا رحم محرم من الموصى والثاني أن ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والأمهات والثالث يجب ان يكون من لا يرث والرابع ان يقدم الأقرب فالأقرب والخامس ان يكون المستحق به اثنين فصاعداً والسادس ان لا يدخل فيه الوالد والولد ويدخل فيه الجد وولد الجد في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة وهلال عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يدخل وقال صاحباه الوصية لكل من نسب الى أقصى أب له في الاسلام وفي المبسوط كان هذا في زمن محمد رحمه الله لان زمانه ما كان في أقرباء الانسان الذين ينسبون الى أقصى أب له كثره وأما في زماننا فهم كثره ولا يمكن احصاؤهم فصرف الوصية الى أولاد ابنه وجدوه جد أبيه وأولاد أمه وجدته وجدته أمه

يعني تصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب والام غير الوالدين والوالد اذا لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة وقوله (وفائدة الاختلاف تظهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول أقصى الاب على فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني أقصى الاب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قوله ما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسمان قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله (فان عنده) أي (٤٠٢) عند أبي حنيفة يعقد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها

والدويكون ذلك الاثنين فصاعدا وهذا عند أبي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم له ما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسمان قامت به فينظم بحقيقة شواش الاختلاف وله أن الوصية أخذت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنتان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يعقد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال (واذا أوصى لا قاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبار الاقرب كفي الارث وعندهما بينهما أو باعاهما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عبا وخالين فللم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في

منهم ليس من أقرباء امرأته مع أنهم يدخلون في الاءصاء بالاصهار بناء على كون كلهم أصهارا كما صرح به المصنف فالوجه ان يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاجاء والاثنان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرباء بتوحمة الختونة جمعه أصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج أخته والاثنان أصهار أيضا اه تدر (قوله وله أن الوصية أخذت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنتان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه أن أراد أن الوصية أخذت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقدم في الكتاب أنه يجوز أن وصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بالاختلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقر في محله وكذا قد مر فيه أنه يجوز الوصية للقاتل عند اجازة الورثة باعاهما على ما تقر في محله عند أبي حنيفة وتجدد ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه آغاف مسئلة الاءصاء لاختتانه أنه يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقر روان أراد أن لا يصرف الى أكثر من ذلك (قوله وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ) وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم لاهو ما اذا كان الموصي علويا فعلى القول الاول أقصى أب أسلم على رضى الله عنه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر ورضي الله عنه وعلى القول الثاني أقصى أب أدرك الاسلام أبو طالب فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام (قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ) جواب اشكال على قوله ما هو وان يقال انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب التساوي في الاستحقاق أربعة أعمام وهم جوا واجب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجوع كلها ساقط لتعذره فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان الميراث

اه من شرح الزبادات للعتابي (قوله فصاعدا الاقرب فالاقرب) أقول بمعنى يقدم الاقرب فالاقرب وبالجملة فيه شرائط الاول أن يكون اثنين فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والام والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) أقول قال في الكافي يستوي فيه الاقرب والابعد الواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد بن خائف ما فاه اذا أوصى رجل لامهات أولاده بالثلث والفقراء والمساكين

لشيقته والم واحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما وإذا أخذ هذا الم نصف ما كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما
الثالث بينهم أثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من
قرابة الخولة وقوله (والعمه وان لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمه لا تستحق العصبية ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها
أقرب ووجهه أنهم مستحقون للعصبية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصبية لوصف قام بها وهو الاثنية لا يخرجها عن مساواتها
العم في استحقاق هذه الوصية كالم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث (٤٠٣) لوصف قام به للاضعف في القرابة وقوله

(لأنسابه) الانساب جمع

النسب وهو القريب

كالانساب في جمع النصب

وقوله (في جميع ما ذكرنا)

يعني من القيود المذكورة

على قول أبي حنيفة خلافا

لهما قال (ومن أوصى

لاهل فلان فهي على

زوجته) الوصية لاهل

فلان تنصرف الى الزوجة

عند أبي حنيفة والى كل

من يضم نفقة فلان من

الاحرار عندهما باعتبار

العرف المؤيد بقوله تعالى

واتتوني باهلكم أجمعين فانه

ليس المراد به الزوج خاصة

وكذا قوله تعالى فتحيها

وأهلها الأمر أنه وله أن

الاهل في الزوجة حقيقة

يشهد بذلك قوله تعالى وسار

بأهلها فلا يصر الى غيرها مع

مكان العمل بها قيل في

الاستدلال بهذه الآية نظر

لانه خاطب بلفظ الجمع

بقوله امكنوا والمرأة

لا تخاطب بذلك والجواب

أنه لم ينقل انه كان معه

أحد من أقاربه أو أقاربها

من ضمهم نفقته فان كان معه من الارقاء

أجد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كعرف

في الاصول وانما استشهد بالآية ثانيا فان ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطالبه كالأبيات التي استدلالها وقوله فلان

حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا (قوله قبل في الاستدلال) أقول القائل هو الاتقاني (قوله على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول ان أراد

أنه لا يستدل عليها بالقياس فسلم ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكريمة كذلك بل هو من قبيل السماع وان أراد مطلقا فغير مسلم

(قوله كالأبيات التي استدلالها) أقول منها ما ذكر في الكتاب ومنها فتحيها وأهلها الأحرار وأنه ومنها وهبنا له أهلها ومنهم معهم كذا قال الاتقاني

وقال لم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتجعل على السكك أن المال لا يدخلون لانهم يخدمون الاهل تبع لهم

الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للغير فيجوز الواحد كلها اذهو
الا قرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عمو وعمته وخاله فله الوصية للعم والعمه بينهما
بالسوية لا سواء قرابتهما وهي أقوى والعمه وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كالميراث لو كان القريب
زقيا أو كافرا وكذا إذا أوصى لذى قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع
ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند
أبي حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وضمهم نفقته اعتبار العرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتتوني
بأهلكم أجمعين وله أن اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

الوصية أخذت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطالب اذا خصم لا يسلم كون ما ضمن فيه من
ذلك القليل بل هو أول المسئلة ثم ان أبا حنيفة تزوجه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في مسئلته هذه
أضامن جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذ كروالانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه
على ما نص عليه الامام الزليخ في التبيين حيث قال ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير
والذ كروالانثى على المذهبين اه وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا
فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الانثى فانه وان ورثت الاثنية لا تستوي مع الذ كروالانثى في الاستحقاق البتة
فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلته هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى
أبي حنيفة ههنا بان الوصية أخذت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تغط له فلم يتعرض في
الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لتحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدلال عليه بوجه آخر
ذكره وفضله كالاخفى على الناظر في كتابه ذلك (قوله وله أن اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله
تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول في الاستشهاد بقوله تعالى
وسار بأهله نظرا لانه انما يدل على أن لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطلق على
غيرها أيضا بطريق الحقيقة فلا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد بخصوص من أفرد عنه أنه لا يجوز
اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفرد ذلك المعنى ألا يرى انك اذا قلت رأيت انسانا يفعل

أصله اذا أوصى لبني فلان فاجاب أنه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند أبي حنيفة
رحمه الله يقيد بالأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه وعندهما بقصى الأب في الاسلام وعند الشافعي
رحمه الله بالأب الأدنى أي يدخل من قرابة الموصى من قبل أبيه وأمه من يجمعه الى أدنى أب منسوب اليه
ولا يدخل ما وراء الأدنى من قرابته عنده (قوله ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه) أراد به قوله
لا بد من اعتبار معنى الجمعية (قوله لانها مقيدة بهذا الوصف) لان غرضه الصلة لأقربائه وما كان بطريق
الصلة يختص بذى الرحم المحرم كانه فقير وقوله وقال يتناول كل من يعولهم وضمهم نفقته (ولكن لا يدخل

من ضمهم نفقته فان كان معه من الارقاء أجد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كعرف
في الاصول وانما استشهد بالآية ثانيا فان ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطالبه كالأبيات التي استدلالها وقوله فلان
حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا (قوله قبل في الاستدلال) أقول القائل هو الاتقاني (قوله على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول ان أراد
أنه لا يستدل عليها بالقياس فسلم ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكريمة كذلك بل هو من قبيل السماع وان أراد مطلقا فغير مسلم
(قوله كالأبيات التي استدلالها) أقول منها ما ذكر في الكتاب ومنها فتحيها وأهلها الأحرار وأنه ومنها وهبنا له أهلها ومنهم معهم كذا قال الاتقاني
وقال لم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتجعل على السكك أن المال لا يدخلون لانهم يخدمون الاهل تبع لهم

تاهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لان الانسان يتجنس بابيه) فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحو للخلافة وان كان أكثرهم من الاماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله (ولو أوصى لا يتام فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وآله وسلم لا يتم بعد احتلام والعميان والزمنى معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان أو امرأة من أرمل اذا افتقر من الرمل كادقع من القعاء وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وانانهم وهو اختيار الشعبي فاذا أوصى لهؤلاء فاما أن يكونوا قوما يحصون أو لا فان كان الاول وحده الاحصاء عند أبي يوسف أن (٤٠٤) لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب ولا حساب فان احتج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد

ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال (ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته) لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وحده لان الاب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وكنسبه أهل بيت أبيه دون أمه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو أوصى لا يتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وانانهم كذا وأردت بالانسان هنالك فردا محصيا ومن أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر فاذا ثبت بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة هذا هو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجه بل يجوز أن تناول غيرها أيضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغیره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار باهله فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فما قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور ناراً قال لاهله امكنوا ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اه وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب انه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها بمن ضمهم نفقته فان كان معه الارقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاه اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا كلام حال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فان حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار

اذا كانوا أكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مغض الى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وانانهم لان الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل طرف الاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكي اليتيم صغير لا أب له وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة فان قيل أليس أن الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيماً أي طالب قلنا هذا الطغ من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناولهم كما يسمون مذبذباً وهو ليس كذلك بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى

تحت هذه الوصية بما يليك وان كان يضمهم بنفقته (قوله لان الانسان يتجنس بابيه) لان الجنس عبارة عن النسب والنسب يكون من جهة الآباء وكنسبه أهل بيت أبيه دون أمه فان اسمعيل عليه السلام كان من هاجر وكان من جنس قوم أبيه وابراهيم رضى الله عنه ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء من الاماء صلحو للخلافة فعلمنا انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام كذا في المبسوط (قوله ولو أوصى لا يتام بنى فلان) فاليتم اسم لصغير مات أبوه لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ولان اليتيم عبارة عن الانفراد يقال دوة يتيمة أي لا نظير لها فهي منفردة عن الفرد عن يريه في حال حاجته الى التربية كان يتيماً وبعد البلوغ فقد استغنى عن يريه لقدرته على القيام بمصالح نفسه فلا يسمي يتيماً فان قيل أليس ان الكفار كانوا يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيماً أي طالب قلنا هذا الطغ من الله تعالى لنيته فانهم كانوا يسمونه اليتيم وليس بيتيم فلا يتناولهم كما كانوا يسمونه مذبذباً فيهم المذم ولا يتناولهم لانه كان محمداً عليه السلام ثم يدخل فيه الفقير والغني ههنا لتحقيق معنى اليتيم في الغري يقين (قوله ان كانوا قوما يحصون) وتفسيره عند أبي يوسف ان يحصوا بغير كتاب وقال محمد رحمه الله اذا كانوا أكثر

يقدر على شيء رجلا كان أو امرأة) أقول في الحقيقة الارامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقتها زوجها أو مات عنها ادخل بها أولم يدخل وقول محمد بن حنبل وهكذا قال صاحب الزاهر لان الارملة هي التي لا زوج لها ما خوذ من قولهم أرمل القوم اذا فني زادهم والذكر يسمي أرملًا مجازاً لا حقيقة وبان قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا في الشدة وذو مطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وانانهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر الى السكاكي (قوله وقال بعضهم هو مغض الى رأي القاضي) أقول وعليه القدرى قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول

وقوله (بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أولادى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة الى أنهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكروالانثى في الايامي دخوله في الارامل أولا قال السكرخي يدخل لان الايم هي التي لازوج لها بكر كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الايم هي الثيب خاصة وقول المصنف محفل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تعديده عليه كافي حق الكل للجهالة الفاحشة وتعد ذل صرف اليهم لكثرتهم (٤٠٥) فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل

من خمسة عشر والغنى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى أن يغلب الشيب فينشئ يكون شيخا وفي الوصية للفقراء والمسكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيه ماله الذي كور ويتناول الاناث ثم يرجع وقال يتناول الذكروخاصه لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيهم مولى العتاقة والمواليه باهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع بابي كون المراد بالاھل هنالك الزوجة من مائة فمهم لا يحصون وقال بعضهم مفوض الى رأى القاضى وعليه الفتوى والايسر ما قاله محمد رحمه الله كذا في فتاوى فاضلخان (قوله وهذه الاسامى تشعر بتحقيق الحاجة) أما البتم والعيم والزمانة نظاهر وكذا الارامل لانها جمع أرمل وهي المرأة التي مات زوجها وأقاربه وهي فقيرة وفي المغرب أرمل افتقر من أرمل كادق من الدقعة وهي التراب ثم قال وفي التفسير يقال للفقير الذي لا يقدر على شئ من رجل أو امرأة أرمل ولا يقال للتي لازوج لها وهي موسرة أرمل وقال الشعبي الاثونة ليست بشرط بل يدخل فيه الذكروالانثى الآن الصحيح ما فسره محمد رحمه الله ان الارملة هي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقها ومات عنها دخل بها أو لم يدخل وقوله حجة في اللغة وقال بعضهم الارملة التي لازوج لها ولا يشترط انه كان لها زوج (قوله بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون) في الصحاح الشبان جمع شاب وكذلك الشبان وفي الايضاح وقال أبو يوسف رحمه الله اذا أوصى لشبان أهل بيته أولئك هم أولادهم وأولاد بناتهم فالشبان من خمسة عشر الى خمسين سنة الى أن يغلب عليه السجوط والكهل من ثلاثين سنة الى آخر عمره والشيخ ما زاد على خمسين وجهل أبو يوسف رحمه الله الشيخ والكهل سواء فيما زاد على خمسين وروى عن محمد رحمه الله أنه قال الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والغنى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى أن يغلب عليه الشيب يكون حينئذ شيخا والايامى التي لازوج لها بكر كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقد امتأمت بالغنى فيه ليس بل لازم فلذلك صار اسم الايامى بمنزلة اسم الشبان في أنه لا يبنى عن الحاجة فبطلت الوصية فيما اذا كانوا لا يحصون وفي الجامع الكبير والايامى اسم لكل امرأة جومت بنسكاح جائز أو فاسداً ولو زواج لها غنمية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو بالغة هكذا فسره محمد رحمه الله وقبل ان الاثونة ليست بشرط والجامع ليس بشرط والصحيح ما فسره محمد رحمه الله كما ذكرنا (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث في قول أبي حنيفة رحمه الله أول قوله) وانما يدخل الاناث تحت هذه الوصية فيما اذا اختلط

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمسكين يجب الصرف الى اثنين) أقول بخالف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما اذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمسكين الآن يكون هذا قول محمد ثم أيت غاية البيان أن المسئلة تختلف فيها وان هذا قول محمد والجدته تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث في قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول وفي السكا في مخالف لما في الكتاب فقيهه ولو أوصى لبنى فلان فهو للذكور ولا خمسير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتبارا بالحققة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول أبي حنيفة وأولاه

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمسكين يجب الصرف الى اثنين) أقول بخالف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما اذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمسكين الآن يكون هذا قول محمد ثم أيت غاية البيان أن المسئلة تختلف فيها وان هذا قول محمد والجدته تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث في قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول وفي السكا في مخالف لما في الكتاب فقيهه ولو أوصى لبنى فلان فهو للذكور ولا خمسير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتبارا بالحققة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول أبي حنيفة وأولاه فلعل فيهم رايتين

ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والمولاة وحلفاؤهم يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقراهم قال (ومن أوصى لولد فلان) فمن أوصى لولد فلان أما أن يكون أبنا خاصا وفذا فان كان الاول فالوصية تنال الاولاد دون أولادهم المذكور والاني عند الانفراد والاختلاط سواء كان اسم الولد يتناول الصلي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد بجواز الايصال به عند إمكان العمل به فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الاولاد وأولاد البنات رواية واحدة وفي أولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وتوروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد منهم ذلك من قوله (٤٠٦) تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدوري والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة

وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والاني فيه سواء) لأن اسم الولد ينظم الشكل انتظاما واحدا (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفاضيل كفي الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصلحوا له أن الاسم يتناولهم لأن كلامهم يسمى مولى فصار كالأخوة ولنا ان الجهة مختلفة فلان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر

خاصة الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوا بعبارة تامل تفهم فلا يظهر في تعليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحنيفه أن الأهل عند الإطلاق

الذكر والاناث وأما إذا انفرد الاناث فلا شيء لهن بالاتفاق (قوله بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ جفت يتناول الذكر والاناث) هذا إذا كانوا يحصون أما إذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة كذا في المبسوط وذكر في الجامع الكبير شمس الامنة وان كان في بنى فلان مولى عتاقة وموال أسلموا على أيديهم والوهم وفقر أموالهم مولى وحليف لهم وعديدهم يدخلون جميعا في الوصية يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقراهم والحليف اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم فيحلفون له على التناصر والعديد من يعد نفسه منهم وهم عدو ذلك له من غير حلف وانما يدخل الشكل لأن الإيجاب ههنا يتعلق بالنسبة إلى القبيلة وهم في هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الأسباب (قوله ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والاني سواء) أي في القسم والاعتقاد حتى لو كانوا ذكورا واناثا يقسم بينهم بالسوية ولو كان الكل اناثا دخل تحت الوصية لأن الوصية حصلت باسم الولد واسم الولد يطلق على الاناث حالة الانفرد كما يطلق على الذكر كورث في مسائلتنا ان لم يكن اخلا الاولاد واحد كان الثلث كله بخلاف ما لو أوصى لاولاد فلان وله ولد واحد فانه يستحق النصف ووجه الفرق بينهم ان الاولاد جمع وأقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان فكان للواحد النصف كالأوصى لأقربائه وله عم واحد كان له النصف وأما الولد فليس باسمه جمع وانما هو اسم جنس ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما يطابق عليه الاسم كالحلف لا يشرب الماء ولا تزوج النساء حيث يحنث بشرب قطرة ونكاح واحدة وإذا أوصى لاولاد فلان وليس لفلان أولاد صلبية يدخل في الوصية أولاد البنين وهل يدخل أولاد البنات فيه روايتان (قوله ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) هذا إذا مات الموصى لورثته ثم مات الموصى أمالومات الموصى قبل ان يموت الموصى لورثته فالوصية باطلة (قوله فصار كالأخوة) يعني إذا أوصى لأخوة فلان فانه يصح ويدخل فيه الاخ لا أم والاخ لا أم والاخ لا أم لان الشكل يسمى أخا لفلان فكذا ينبغي ان يدخل ههنا المولى الأعلى والمولى الأسفل لان كلامهم يسمى مولى وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله (قوله ولنا ان الجهة مختلفة) لان المولى الأعلى من المولى الأسفل منع عليه بخلاف الأخوة لان اسم الاخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد وهو المنفرد من أصله فصار الاسم عاما لا مشتركا

والجواز كذا كروا وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلي قائما لان فلانا إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة قد دخل بخلاف ما إذا كان أبنا خاصة فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون مرادة وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضع وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فاجاز هذا وأصحابنا ما جوزه وكذلك هذا والمروى عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بنى الاعيان وبنى العلات وبنى الاخفاف وليس بظاهر لان معنى الأخوة في الجمع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الأعلى منهم ومعنى الأسفل منهم فكل في أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر بمعنى

ومعنى الأسفل منهم فكل في أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر بمعنى (قوله فهم من ذلك قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أي يورثكم فان ولد الان يدخل في الميراث مع البنت الصلبية والجواب أنه يدخل في الميراث مع البنت بدليل آخر كذا في معراج البراءة وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن للميت صبي وكان له ابن ابن و بنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بهذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول أولاد الاولاد فلانا إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا يدخل في كون أولاد الاولاد مرادة إذا كانت معنى بجواز الاولاد إذا قامت قرينة على ارادتها أيضا وانما اظهر أن يقال إذا كان فلان فخذاً يكون الميراث عاجزا لا انتساب اليه فيدخل الشكل بخلاف ما إذا كان أبنا خاصا فالتامل

المفعول واليه أشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله (في موضع الاثبات) احتراز عن ضرورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختياره من الأئمة وعامة
أصحابنا على أن لا عموم للمعنى كالألف والنفي ولا في الاثبات وأجواب عن مسئلة الخلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل
على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير بمستوفى بعون الله وتأييده فان قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك
لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجب بان الكلام فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح
من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية الى المولى الذي أعتقه لان شكر المنعم واجب وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف
الى الواجب أولى منه الى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى أجب (٤٠٧) بانها معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف

جار بوصية ثلث المال
للغيراء والغالب في المولى
الاسفل الفسوف في الاعلى
الغنى والمعروف عرفا
كالشروط شرطها كما هو
المسروى عن أبي يوسف
بهذا المعنى ولو أوصى
لمولى وليس له المولى الاعلى
فالوصية جائزة ويدخل فيها
المعتق في حال الصحة والمرض
ولا يدخل مدبره وأمهات
أولاده لان عتقه لا يثبت بعد
الموت لان التوقف على الشيء
لا بالعلة يعقبه وجوده
والوصية تضاف الى حالة
الموت لانها أخت الميراث
والميراث كذلك فلا بد
من تحقيق اسم المولى قبل
الموت ولم يوجد فيهما (وعن
أبي يوسف أنهم يدخلون)
لان سبب استحقاق الولاية
وهو التدبير والاستيلاء
(لازم) أي ثابت مستقر
والاصح الاول لانهم لا
ينسبون اليه بالولاية بنفس
الاستحقاق بل بالاحياء
الحاصل بالعتق وذلك انما
يكون بعد الموت
(ويدخل فيه) أي في هذا

منع عليه فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم مولى فلان
حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذا الوصية من أعتقه في الصحة والمرض
ولا يدخل مدبره وأمهات أولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من
تحقق الاسم قبله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولا هان لم
أضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالى موالاة
يدخل فيهما معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل شركاء لان الاسم
يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام

راد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متاهل وفلان لم يتاهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به
الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اه تبصر توقف (قوله ولا يدخل مدبره وأمهات أولاده لان عتق هؤلاء
يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول في التعليل كلام لان مقتضى
قوله لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء أصلاً
يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاعاً في حالة تضاف الوصية اليها وهي حالة الموت فان المبروض كون ثبوت عتقهم بعد
الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقب بشئ غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه وقدم في
الكتاب أن الوصية لامهات الاولاد بثلث ماله جائزة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية بقبته لان الوصية بالرقبة
اعتاق والوصية لغيره لا تعتاق لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن ثمة وصية أصلاً كما حققه
الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب
الاستحسان كما ذكره هنالك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكرناه هناك غير
متمش ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا ينص اليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل
شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل
بطريق التواطؤ ليس باعدهم من كون هذا تناول كذلك فاجب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول)
ان أبا يوسف جوز ذلك أيضاً في رواية عنه كما صرح به صاحب السكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية
لهم جميعاً وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب
معراج الدراية أيضاً هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعاً وهو قول زفر
وأجد الشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضاً عن أبي يوسف لا قوله مطاعاً كما يشير

(قوله ويدخل في هذه الوصية) أي في الوصية لمواليه

الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولا وهو واضح ولو أوصى لمواليه موال وأولاد المولى وموالى المولى لا يدخل معتقوه وهو ظاهر وأولادهم لان
نسبتهم اليه بالولاية للمعتق الذي باشر في آباءهم والعروع آبائهم والاعوان اطفال حقيقة فيهم كأي أصولهم ولهذا ايصأه نفي اسم المولى
عنهم بخلاف ما تقدم من بنى فلان وأولادهم لان النفي عن العروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بنى فلان وانما هم بنو بنيه وعن أبي يوسف
أنهم يعنى موالى الموالاة يدخلون أيضاً ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير) أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتباو معنى واحد انتهى ثم قال
كذا في أصول شمس الأئمة وقفيه نظراً لانه يقضى الى جواز اراءهم فيما يصح الجمع بينهما واستناقول به الا اذا جعل معنى كلامه أن الكلام مشترك
بدلالة اليمين الى مجاز يعممها وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الاعلى والاسفل انتهى مافي التقرير (قوله)

وقوله (والاعتناق لازم) جواب (٤٠٨) عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه

والاعتناق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالى الموالى لانهم موالى غيره حقيقة بخلاف موالى به الاولاد لانهم ينسبون اليه باعتناق وجد منه وبخلاف ما ذالم يكن له موالى ولا اولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة - ولو كان له معتق واحد وموالى المولى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالى أعتقهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا بموالى له حقيقة ولا مجازا اليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد اليه أيضا أن شمس الائتد كرهه هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكره نصه في النهاية ومعراج الدراية قال المجيب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجوز رأى يوسف تناول الاسم لكل في المسئلة ثلثين معام كونه المذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز تناول الاسم لكل في هذه المسئلة دون الاولى ومما صدقته التدبير والتيسر مما يضيق عن الاطالة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما ذالم يكن له موالى ولا اولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موالى أى موالى العتاقه ولا اولاد الموالى أى ولا اولاد موالى العتاقه يعنى حيث نزلت الموالى الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الاموالى الموالاة كان لثالث لهم لان الحق اذ لم يوجد وجب العمل بما دونه اهو اذ اتقى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليقه بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آتفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبين مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب اليه صاحب النهاية والعناية لما صح قوله في التعليق لان اللفظ لهم مجاز اذ لا شك أن اللفظ مشترك حقيقة في كل واحد من معنييه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذ لم يكن له موالى ولا اولاد الموالى فالثالث لموالى الموالى فينبذ يرتبط قوله وبخلاف ما ذالم يكن له موالى ولا اولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا وينظم تعليقه بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلناه عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف ههنا وكان صاحب النهاية إنما عثر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكورة فيه موالى الموالاة دون موالى المولى لكن التعليق المذكور هناك وهو قوله لان الحق اذ لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير آتفا عنها فإنه لا ينافى الاشتراك لجواز أن يكون أحدهم معني المشترك أحق بالارادة من الآخر لا مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما سبق قوله والاعتناق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليق المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتوابعه صاحب العناية فإنه لا يطابق المسئلة حيث نزل بابا به جدا كما بيناه آنفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى المولى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل في عتقه أعم من أن يكون طريق المباشرة كافي معتق نفسه أو بطريق التسيب كافي معتق معتقه فليتأمل والله أعلم

(قوله وبخلاف ما ذالم يكن له موالى أى موالى عتاقه ولا اولاد الموالى أى اولاد موالى عتاقه) قوله ولا يدخل فيه موالى أعتقهم) هكذا وقع في النسخ والصواب أعتقهم أو أبوه كما هو المذكور في الايضاح والجامع الكبير لان التعليق الذى على به إنما يصح في الذين أعتقهم ابنه أو أبوه لان موالى أعتقهم الموصى لان أولئك موالى به حقيقة

أن المشترك لا يعمل به الا اذ لم تكن قرينة على أحد المعنيين وههنا قرينة تعين أحدهما وهو أن ولاء الاعتناق بمنزلة النسب لا يعمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يعمل الفسخ فلا تحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الاموالى موالاة كان الثالث لهم لان الحقيقة اذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء (ولو كان له معتق واحد وموالى المولى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لا اولاد الموالى حقيقة

وهو ان ولاء الاعتناق بمنزلة النسب لا يعمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لان الحقيقة اذ لم تكن وجب العمل بالمجاز) أقول بخلاف لما ذكره آنفا من القول بالاشتراك الا أن يبنى على التسليم والتسزل قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام كما هو ما قرينة صيغة الجمع

وقوله (ولا يدخل فيه) أي فبما إذا أوصى لمواليه (موال أعنتهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعنتهم أبوه وأبنة
لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر اعتناق مملوك فيصير به مولى عنه والحجاز أن ينسب لذلك
باعتناق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق مولى الأب والابن فعل الاعتناق ولا تنسيبه فقلنا أنهم لا يدخلون في
هذه الإضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لأن الذين أعنتهم موال له حقيقة وقوله (وأنما يحزر ميراثهم بالعصوبة) جواب
عناروي عن أبي يوسف أن مولى أبيه تدخل أذامات أبوه وورث ولأهمل لأنهم موال به حكموا لهذا يحزر ميراثهم ووجسه ذلك أن أحرازه
الميراث ما كان لكونهم موال له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع
قال الولاء لحمة كالصحة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله (بخلاف
معتق البعض) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول (٤٠٩) بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور

في الإيضاح لأنه ثبت بهذا
الفرق بين مولى المولى
وبين موال أعنتهم أبوه
وأبنته على ما ذكرنا من
النسخة الصحيحة فيه أيضا
وذلك أنما يستقيم إذا كان
بخلاف معتق المعتق وأما
معتق البعض فعند أبي
حنيفة لم ينسب إليه بالولاء
بعدد لانه بمنزلة المكاتب
والمكاتب لا يدخل تحت
اسم المولى عند قيام الكتابة
وعندهما أن ينسب إليه
أنما ينسب إليه بالولاء حقيقة
فلا يحتاج إلى ذكره
وذكر بعض الشارحين
أن النسخة في قوله ولا
يدخل فيه موال أعنتهم
بأبناث لفظه ابنه وهما
بخلاف معتق البعض
لجعله مرتبطا بقوله ولا
يدخل فيه موال أعنتهم
ابنته ومعناه فان معتق

وأنما يحزر ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء والله أعلم بالصواب
(باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة)

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لأن المنافع يصح تملكها في حالة
الحياة وبدل وغير بدل فكذلك بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون تجبؤا على ملكه في حق المنفعة حتى
يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقنا وموئدا

(باب الرصية بالمنافع)

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن
المنافع بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا كذا في الشرع (أقول) فيه شيء وهو أن هذا إنما يتم في حق
الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالتمرة لأن التمرة من قبيل الأعيان والباب يشمل الأقسام
الثلاثة كلها عنوانا وأحكاما فلا يتم التقريب وإن صير إلى التوجيه بيناه الكلام على الأكثر ببقية تلخيص

(قوله بخلاف معتق البعض) هكذا وقع في النسخ لكن ليس هو بصواب إنما الصواب أن يقال بخلاف معتق
المعتق لأنه ينسب إليه بالولاء وأما معتق البعض فان عند أبي حنيفة رحمه الله لم ينسب إليه بالولاء بعدد لانه بمنزلة
المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما الوصية بالتمرة ينسب إليه بالولاء
حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره والله أعلم بالصواب

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة)

(قوله وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) هذا عندنا وعند أبي ليلى
لا يجوز شيء من ذلك مؤقتا ولا غير مؤقت لأن المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة فلا يصح تملكها لغيره
ولكننا نقول المنافع يحتمل التملك ببذل كفي الأجزاء بغير بدل كفي الأجزاء في حالة الحياة فكذلك بعد الممات
لحاجته كما في الأعيان فان الأعيان يصح تملكها في حالة الحياة وبدل وبغير بدل كالبيع والهبة فكذلك بعد
الممات يصح تملكها ببذل بان أوصى بان يباع عبده أو بغير بدل بان أوصى بعبده لقلان وهذا لأن الموصى
يبقى العين على ملكه حيث يجعل مشغولا بتصرفه موقوف على حاجته فأنما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي

(٥٢ - (تكملة الفتح والسكافيه) - ناسع) البعض يدخل تحت الوصية للمولى لأنه موله حقيقة بخلاف موال الأم لأنهم
ليسوا مواله أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبه لأن معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة
وهذا فيه تعجيب نحتاج إلى الكتاب في الموضوعين وإن كان فيه بعد من حيث الإرادة على مذهبه ما خاصته وأنه أعلم *(باب الوصية بالسكنى والخدمة
والتمرة)* ١. فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان
وجودا فأخرها عنها وضعا قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح ويغيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما
تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الأثر لأن الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذلك بعد الممات) لأن

تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لأنه ثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول
أراد الاتفاق (قوله لأن معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لأن معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب
(باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة)

الموت لا يزيلها والارث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق (واذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها) والمعنى وهو الحاجة (بشملهما) يعني المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو انه اذا وصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدأ (٤١٠) جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث ا ولم تخرج ولكن

كفى العارية فانما تملك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى بشملهما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه لخدمته) لان حق الموصى له في الثلث لا يزوج الو (وان كان لاماله غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت وان كان الثاني فاما ان عين سنتمثل ان يقول سنة ست وسبعين وسبع مائة ا ولم عين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبل مضها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليسفد خدمه سنة كاملة ثم يرد الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرد الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا وصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة)

الوصية بالثمره خالبا عن بيان النسبة كما لا يخفى (قوله الا ان الاول وهو الاعل اولي) قال بعض المتأخرين فيه ان المفروض كون المهاياة باختيارهم فلما تخرى سقط حقه فلا تبق الاولوية بالالزام الحاكم حتى يكون اولي انتهى (اقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط المتأخر حقه لا يلزم ان يكون بطيب خاطره بل يجوز ان يكون مع الكراهة لا مريد عو اليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كمالا كفى الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضى الانتفاء الظالم له وتحقق العدل في الجسلة وذلك لا ينافى كون الاول اعدل منه للتسوية بينهم ذان واما نالوا لشكك ان الاعل اولي (قوله وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) اقول فيه بحث اما اوله لانه منقوض

الموقوف عليه منفعه الوقف على حكم ملك الواقف (قوله فانما تملك على اصلنا) أى العارية تملك المنافع على اصلنا وعند الشافعي رحمه الله باحة المنافع (قوله بخلاف الميراث) لانه خلافة فالارث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرهما ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان مملكا للمورث وهذا يتصور فيما يبقى بوقت من المنفعة لا يبقى وقتين فلما وصية فاجب ملك بالعقد كالأجارة والاعارة (قوله والمعنى بشملهما) وهى حاجة الموصى (قوله وان كان لاماله غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) أى ابد اذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقوفة ا ما اذا وصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة وليس له مال غير العبد ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين تم وصية الموصى له بالخدمة وان كان الوصية بخدمة سنة بعينها ومات قبل دخول تلك السنة فان كان العبد يخرج من ثلث ماله او لا يخرج ولكن اجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها فاذا مضى يسلم العبد للورثة وفي الايضاح ينظر الى الاعيان التي اوصى بها فان كان رقابها مقدارا للثلث جاز ولا تعتبر قيمة الخدمة والثمره والغلة والسكنى وانما اعتبر الاعيان دون المنافع لان المقصود من الاعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت وبق العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعه لها فاذا اعتبر قيمة الرقبة كان الوصية

لان

له عاد الى الورثة اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى وورثة الموصى

قال المصنف (وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر) اقول قال السكاكي ويعتبر بهذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلو لم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها من ارضاء المحرم شرعا اه وفيه تامل

(لأن الموصى أو جبال الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الحكم إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى)
لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقّي والمنفعة عرض لا يبقى لكن يجوز أن يستحقها لذلك لأنه لم يرض به واستحققتان
الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز (ولومات الموصى له في حياة الموصى بطلت) (٤١١) الوصية (لأن إيجابها يتعلق بالموت

على ما بيناه من قبل) أي في
فصل اعتبار حالة الوصية في
بيان الفرق بين جواز
الاقرار وبطلان الوصية
بقوله بخلاف الوصية لأنها
إيجاب عند الموت (ولو
أوصى بغلة عبده أو داره)
فاستخدم العبد الموصى
بغلته الموصى له بنفسه
أو سكنى الدار الموصى بغلتها
بنفسه اختلص المشايخ في
ذلك على ما ذكره في الكتاب
وهو واضح وقوله (وليس
للموصى له بالخدمة أن
يؤجر العبد والدار) واضح
سوى ألفاظه كرها (قوله)
اعتباراً بالأعارة فإن التملك
بغير بدل قد تقدم في باب
العارية وفي الحقيقة هذا
المعنى راجع إلى الأصل
المقرر وهو أن الشيء
لا يتضمن ما فوقه وقوله
(الآن الرجوع للمتبرع
لغيره) جواب عما يقال
الوصية وإن كانت غير لازمة
ابتداء لكنها نصير لازمة
بعد الموت لعدم قبولها
الرجوع حينئذ ووجه ذلك
أن الاعتبار للموضوعات
الأصلية والوصية في وضعها
غير لازمة وانقطاع
الرجوع بموت الموصى من
العوارض فلا معتبر به قال
(ولان المنفعة) دليل

لأن الموصى أو جبال الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلما انتقل إلى وارث الموصى له
استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولومات الموصى له في حياة الموصى
بطلت) لأن إيجابها يتعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو
سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كغيرها في تحصيل المقصود والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو
دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استبقاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فإنه لو ظهر دين
يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيغاثها بغيرها وليس للموصى له
بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة في ملك تملكها من غيره
ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية لأنها باحة على أصله وليس بملك ولنا أن الوصية
تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تملكه ببدل اعتباراً بالأعارة فإنها تملك بغير بدل في حالة
الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تملك ببدل كذا هذا وتحققه أن التملك ببدل لازم وبغير بدل
غير لازم ولا يملك الأقوى بالأضعف ولا أكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم الآن الرجوع للمتبرع لا لغيره
والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أمه في وضعه فغير لازم ولأن المنفعة ليست بمال على
أصلنا وفي تملكها بالمال أحداث صفة المسالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة فأنشئت هذه الولاية
لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة أولئك يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون ملكها بالصفة التي تملكها أما إذا تملكها

بما إذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة
هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بخلاف ما جريان هذا الدليل هناك أيضاً بان يقال إن
حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانياً فلا نه إن
كان حق الموصى له ثابتاً في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث
فأما أن يكون حق الورثة أيضاً ثابتاً في سكنى جميع تلك الدار أولاً فإن كان الأول يلزم أن يثبت في سكنى جميع
الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في
جميع محل واحد في زمان واحد لا سيما إذا تدخل الأجسام وظهور بطلانها في الحق بالمرحال وإن كان
الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة لأننا لا نتفاد وان لا يقسم الدار بينهم مهاباة من
حيث الزمان لأننا لا نثبت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع
أن المسئلة خلاف ذلك كما مر أنافي الكتاب (قوله) فأنشئت هذه الولاية لمن تملكها تبعاً لملك الرقبة أو أن
تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون ملكها بالصفة التي تملكها قال في العناية واعتراض عليه بإجارة الحر
نفسه فإنه لا يملك منفعة تبعاً لملك الرقبة ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببطل وأجيب بان كلام

وقعت بالرقبة (قوله) عادى الورثة أي الموصى به على ما بيناه من قبل أي في فصل اعتبار حالة الوصية
في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وفي أوائل كتاب
الوصايا بقوله لأن أو أن ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به (قوله) في تحصيل المقصود وهو الانتفاع بالعبد والدار
(قوله) بخلاف العارية لأنها باحة على أصله ولهذا لا يملك المستعير الإعارة عنده ولهذا لا يتعلق بالأعارة
اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم (قوله) وفي تملكها بالمال أحداث صفة المسالية فيها تحقيقاً
للمساواة في عقد المعاوضة لأن الإجارة مال وقوبل بالمنافع فحدثت في المنافع صفة المسالية تحقيقاً للمساواة

(قوله) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لأن قيمة المنفعة كغيرها في
تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الأنسب للمقام كان أن يقول لأن عين المنافع كغيرها لكونه قلب تنبيه على قوة المعنى وجوازها بطريق
الأولى فليتأمل

آخر قوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعد المعامضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجب بان كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (٤١٢) (اذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى اهله

مقصودة بغير عوض ثم يملكها بعوض كان مملكا ككثر مما يملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصي له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصي له واهله في غير الكوفة فيخرج به الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان في مصر فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كان في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله لخدمته ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فان حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلما اوصى له بقسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصي له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصي له الا ان نقول المطالبة بالقسمة تقتضي على ثبوت الحق للموصي له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب لاحقه في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخر رقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عاينها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهم حاشيا معلوما عطاها منه لاحدهما على الآخر فتعبر بهذه الحالة بحالة الانفراد

المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منطوقه لان كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم ان تكون مساوية للمدعى بل لا بد من كفاية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حصل هذا الدليل ان الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على اصلها ومال ليس بمال في تملكه بالمال احداث صفة المالبة فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تملكه احداث صفة المالبة فيه لا تثبت الوالية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبع المالك الرقبة وان تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا كالها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكا اكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة ان ماعدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كفاية كل واحدة منها في نفسها لا بحال لتقيدها بشئ منها بما يخرج به منفعة الحلو وقوعها

(قوله فكان بالجواز اولى) يعني ان الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية فلما جازت الوصية بها فلان تجوز الوصية بالغلة وهي عبارة عن مال عين وهو الدراهم بالطريق الاولى لان الايجاب يقتضي العينية (قوله) لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد فان هناك المال يحتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة الخدمة بطريق المهايأة (قوله) عطاها منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد يعني انه اوجب لكل واحد منهم ما لحق فيما اوصى بطريق العطف وأنه يحتمل الوصية بانفراده والعطف لا يقتضي المشاركة فيما اوصى به لكل واحد منهم ما يقتضيه حاله العطف بحالة الانفراد ولو افراد الوصية بالرقبة لاحدهما ولا يخرج بخدمته موصولا او مفصولا لم يكن مشاركة فكذلك في العطف وذكر الامام الثوري ثانيا في رحمه الله ولو اوصى لرجل بدار ولا آخر بسكنها فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة تحصل له ونفقة العبد الموصى برقبته لا تسان بخدمته لا يخرج على صاحب الخدمة فان مرض فان لم يستطع مغادرة الخدمة فعلى الموصي له رقبته وان استطاع فعلى صاحب الخدمة وهكذا لو اوصى المرأة اذا مرضت ان لم يمكن الانتفاع بها بوجسه بالانفقة عليها والافلها النفقة وفي الميسر ونفقة العبد وكسوته على صاحب

الاجازة الورثة وقوله (واذا كانوا في غيره) أي في غير مصر الموصى وقوله (ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره) قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين واحده ذكره تمهيد القول (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكر الضمائر اما بتاويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله

(لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلاثة ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة الى ما يستوفى خدمته سنة كاملة كما صرح ذكره وقوله (ولو اوصى له قسمة الدار) ظاهر الى قوله (عطاها منه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك انه عطف قوله والاخر بقبضه على قوله اوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي بحالة انفراد احدي الوصيتين عن الاخرى فلا

(قوله) وتذكر الضمائر اما بتاويل المسال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه اوجب لكل واحد منهم حاشيا معلوما عطاها منه) أقول أي من محمد أو من الموصي فانه عطف قوله ولا يخرج بخدمته بالواو على قوله اوصى له بخدمته عبده كذا في شرح الكافي والاقرب عندى هو الثاني (قوله) ومعنى ذلك انه عطف الخ) أقول يعني أن محمد عطف الخ

تحقق المشاورة بينهما فبما أوجب لكل واحد منهما قوله (ثم لما سمحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفرد
يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصي له) من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر
تكون الرقبة والخدمة للموصي له بما (إذا الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيها يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص
ورقبته لا تحراما أن يكون أدرك حد الخدمة أولا فان كان الثاني فنفتة على الموصي له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة لان الاتفاق عليه تنمو
العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فإذا أدرك الحد صار كالكبير والنفقة في الكبير (٤١٣) على من له الخدمة لانه اغنايته يمكن
من استخدامه بالاتفاق

من استخدامه بالاتفاق
عليه اذ العبد لا يقوى
على الخدمة الا به وان أبي
الاتفاق عليه رده الى من له
الرقبة كالستيعر مع المعبر
وان جنى جناية فالفداء
على من له الخدمة لان
التمكن من الاستخدام
بالتظهير عن الجناية فيجب
عليه التظهير وقوله (ولها)
أي لهذه المسئلة (نظائر)
وقد ذكرها في الكتاب
واضحة وقوله (ولاشئ)
لصاحب الطرف) وهو
الامة والخاتم والقوصرة
(في المظروف) يعني الولد
والقص والنمر (في هذه
المسائل كلها) أما اذا كان
أحد الإيجابين موصولا
بالآخر فلا اتفاق وأما
اذا كان أحدهما منفصلا
عن الآخر فكذلك عند
أبي يوسف خلافا للحمد
وقوله (كفي بوصية الرقبة
والخدمة) فان الموصول
والمفصول فيهما في الحكم
سواء وتأخير تعليل محمد
والجواب عما استدل به
أبو يوسف في الكتاب

ثم لما سمحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشئ صار الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة
للموصي له فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر إذا الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد
الموت ولها نظائر وهو ما إذا أوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهو يخرج من الثلث أو أوصى لرجل
بختام ولا خرفصة أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كالأوصى ولاشئ لصاحب الطرف
في المظروف في هذه المسائل كلها أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف
وعلى قول محمد الامة للموصي له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان بإيجابه في الكلام
الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول إيجاب الامة للموصي له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان
مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كفي بوصية
الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الخلقة والغص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم

في محل الكبير من الشك الاول تبصر (قوله ثم لما سمحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية
وقوله لما سمحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفرد يعني لو كانت الوصية بالخدمة
منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصي له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر
تكون الرقبة والخدمة للموصي له بما إذا الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيها يثبت بعد الموت اه
(أقول) ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفرد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان
والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفرد لان قول المصنف ثم لما سمحت الوصية لصاحب الخدمة
الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة
بحالة الانفرد لا يبين حالة الانفرد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول
الخلقة والغص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد يتناول اسم الخاتم للغص ويتناول
اسم الجارية يتناولها وما في بطنها الغصا واصله والا يلزم أن يخالف هذا ما في مسئلة صحة الوصية بتجارة
الاجلها من أن اسم الجارية لا يتناول الخلقة والغصا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً إذا أفر دالام بالوصية صح

الخدمة لانه اغنايته يمكن من استخدامه اذا اتفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بذلك وهو أحق بخدمته
فيلزمه نفقته كالستيعر فانه ينفق على المستعار وينتقم به وان أبي أن ينفق رده على صاحبه فهذا كذلك أيضا
وان كان أوصى بخدمته عبد صغير لانسان ورقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفتة على صاحب الرقبة حتى
يدرك الخدمة فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة (قوله ولها نظائر) أي من حيث أن الموصي له
بالطرف لا يشارك الموصي له بالمظروف والقوصرة بالتخفيف والنشد بدعاء النمر يتخذ من قص (قوله ولا
شئ لصاحب الطرف في المظروف) أي للموصي له بالامة والخاتم والقوصرة في الولد والغص والنمر (قوله
وكذلك في أخواتها) وهي الخاتم مع الغص والقوصرة مع النمر والدراع مع البناء

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول والصواب في أخواتها وهو الخاتم مع الغص والقوصرة مع النمر كما في شرح السكاكي قال الاتفاقى أراد
بأخواتها مسئلة الخاتم مع الغص ومسئلة القوصرة مع النمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدراع مع البناء ومسئلة السيف والحلبة واليستان
والنمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا بما يكون الاسم في الوصية عام فالوصية الثالبة بمنزلة الاستثناء كذا قال
الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتفاقى قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا نوع مخالف لما سلف في الوصية
بجارية الاجلها فراجعنا ملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الإسماء
عومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

والمبسوط دليل على أن المولى على قول محمد قال (ومن أوصى لا تخرب ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالانقضاء على الموجود من الموصى به والتعدى إلى ما يحدث على وجوه (٤١٤) ثلاثة في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أول

القوصرة كذلك ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ما سكتها أو جبت الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين أنه أو جبت لصاحب الخاتم الحلقية خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لا تخرب ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستانى أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلمته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً لا يتناول المعدوم الأبد لا زائدة مثل التخصيص على الأبد لأنه لا يتأبد بالتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شياً أما الغلة فتتظم الموجود ما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفياً يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه ووداره فإذا أطلقت يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل راند قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبداً أو لم يقل) أفرادها يلزم أن يخالف أيضاً ما مر في كمال الأقران من أن الفص لا يدخل في الخاتم لفظاً بل تبعاً ولهذا الوأقر بخاتم رجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقية والفص جميعاً للمقر له لأن الاستثناء تصرف في المقروط بل انحصار المراهنة بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لمافي بطونها ولها ما تبعاً عند الإطلاق فترفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لأن الحلقية والفص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطونها بالنظر إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء لدلالات هذه الأسماء لأجزئيات معانيها الذي لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطونها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئ خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغوهنا كما لا يخفى (قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أو جبت لصاحب الخاتم الحلقية خاصة دون الفص) أقول فيه شيء وهو أنه قد تقرر في كمال الأقران استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفاً لفظياً غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظاً كالفص في الخاتم والخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبداً أو لم يقل) أقول في تحرر بهذه المسئلة بهذا الوجه سمحاً بقانون الإطلاق المستفاد من

يذكر كالموصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبد فإن العرف فيها جار على الأبد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أول يذكره كالموصية بالصوف على ظهور الغنم والولد في بطن جارية والابن في الصرع لأن المعدوم من هذه الأشياء لا يستحق بوجه ما وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالموصية بثمره بستانه وإن لم يذكره فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا للقياس أن تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة وبالكلام الموصى عن الإلغاء والمصنف جعل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيها ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة فتقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً) إلى آخر الباب واضح ولله در المصنف ما أجل تركيبة

لأنه

وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرر بالاولى تركيبة أو في تأديته من غيره (قوله ذكر الأبد أول يذكر) أقول يعني أطلق ولم يذكر قيداً

لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر بقيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأتي بتعليل المعلوم لأنه لا يقبل الملك الا في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بور ود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فافتضى ذلك جواز في الوصية بالطريق الاولى لان باهيا أوسع أما الولد المعدوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقدا فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعوا بعقد الخلع مقصودا فكذلك الوصية والله أعلم بالصواب

قوله في ذيلها سواء قال أبدا ولم يقل لا يناسب تعييد صدرها بقوله أبدا حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيداً بدأ في صدر المسئلة أ وما ذكر في البداية بحيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا ولم يقل تدبر (قوله) لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر بقيام هذه الاشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما تقدم من مستلحق الثمرة والغلة فان الايصاء بإيجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضاً كرقيد الابن في الثمرة وبدون ذكره أيضاً في الغلة نعم كأن المصنف قصد تداول ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الا أن هذا التعليل ههنا بقي خالفاً عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسئلة بما ذكره في الفرق الآتي (قوله) الا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بور ود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فافتضى ذلك جواز في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتأخرين رد عليه ان لنا أصلاً آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقته به اه (أقول) لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جداً فان مبناه أن يكون الخاف الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاحارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعاً بقول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فافتضى ذلك جواز في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما تتصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتاً بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الخاف به بطريق الدلالة وقد مر مراراً انظر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم أقول بقى لنا شيء فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروط وعند أبي حنيفة كما تقر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بور ود العقد عليها كالمعاملة لا يتشبه على قول أبي حنيفة وانما يتشبه على قول صاحبه فان عقد المعاملة مشروط عندهما والمسئلة التي نحن فيها انما تفقوا عليه فكيف يبي دليلها على ماختلف واقية فتأمل

تسكن الثمرة موجودة وقت الموت فالقياس أن تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث ما عاش الموصي له لأنه احتمال أنه أراد به الحادث وفي هرقه البسه تصح فانه يستحق بالمعاملة وحاصل مسائل الباب على ثلاثة أوجه وفي وجه يقع على الموجد والحادث ما عاش الموصي له ذكر الابدأ ولا وهو أن يوصى بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده لان الغلة كما يتناول الموجد يتناول ما كان بعرض الوجود في العرف يقال لفلان غلة هذه الدار يراد به ما يدخل في ملكه في المستقبل وفي وجه يقع على الموجد دون الحادث ذكر الابدأ ولا وهو أن يوصى بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن الجارية والسبب في الضرر لان المعلوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقداً وفي وجه أن ذكر لا يدخل في الموجد والحادث كالوصية بثمره بستانه وان لم يذكر الابدان كانت الثمرة وقت الموت موجودة يتناولها والا فالقياس أن تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى أن يموت الموصي له ثم في البستان السقي والخراج وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فهي كالنفقة في فصل الخدمة (قوله) وهذا بخلاف ما تقدم أي من الثمرة والغلة (قوله) أما الولد المعدوم واختاه أي الصوف والبن (قوله) بعقد البيع تبعاً أي يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف في بيع الغنم تبعاً للغنم ويجوز الخلع على ما في ظهر غنمها من الصوف وفي الجامع الصغير للقرطبي رحمه الله أوصى بغلة أرضه وليس فيها شجر ولا مال له غيرها فانها تؤجر وله ثلث أجرها لان غلتها هنا الاجرة ولو

وقوله (وبعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعتني على ما في بطن جاري أوعني صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوقاً وقد لا يكون فبضره حتى لو قالت على جلي جاري وليس لها جلي ترد المهر

(باب وصية الذمي)

عقب وصية المسلم بوصية
التي تكون الكفار
ملحقين بالمسلمين في أحكام
المعاملات (وإذا صنع
يهودي بيعه أو أصراف
كنيسة في مخته ثمن فهو
ميراث) بالاتفاق فيما بين
أصحابنا على اختلاف
الترجيح أما عنده فلا ن
هذا بخلافه الوقف عند أبي
حنيفة إذا كان مسلم فإن
وقف المسلم في حالة الحياة
موروث بعد موته لكنه
غير لازم فهذا أولى (وأما
عندهما فلا ن هذه
الوصية معصية فلا تصح)
(ولو أوصى) بذلك أي لو
أوصى بأن تعمل ببيعة أو
كنيسة لقوم معينين (فهو
جائز من الثلث لأن في
الوصية معنى الاختلاف
والتمليك) وللمذبي ولاية
التمليك (فامكن نهيجه)
أي تصح ابصائه (على
اعتبار المعنيين)

*** (باب وصية الذمي) ***

(قوله واذا صنع به ودى بيعة
أونصرافى كنيسة) أقول
فيه نوع مخالفة لما أسلفه
فى كتاب السير والاولى أن
يجعل من قبيل ألف
والنشر الغير المرتب (قوله
وأما عندهما فلا ن هذه
الوصية معصية فلا تصح)
أقول فيه بحث اذا لوصية
هنا والظاهر ان عبارة
الوصية سهو من الناسخ
والاصل ان هذه الصيغة نعم

(باب وصية الذي)

قَالَ

يعني الاختلاف والتبليغ فجوزنا ذلك نظر الى التليك واذا صار ملكا لمسيحا صنعوا به ماشاوا
(وان اوصى ان تجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين) يعني قوما غير مسمين (جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالاهي باطله لان هذه) في
الحقيقة (معصية وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لاسي (١١٧) تنفيذها من تقر برها ولا يحنيفة) أن

الاختلاف لمعتقدهم فاتهم
لواوصوا بالحج لم يعتبروا
كان عبادة عندنا بالاختلاف
فكذلك اذا اوصوا بما هو
في معتقدهم عبادة صح
وان كان عندنا معصية لانا
أمرنا ان نتركهم وما يدنيون
قالوا هذا الخلاف اذا
أوصى ببناء بيعة أو كنيسة
في القرى فاما في المصر فلا
يجوز بالاتفاق لانهم
لا يمكنون من احداث ذلك
في الامصار وذ كذا الفرق
بين بناء البيعة والكنيسة
والوصية بذلك وقوله (لم
تصر محررة لله حقيقة) بل
تحرر على معتقدهم (فتبقى
ملكا للباني فتورث عنه)
وقوله (ولانهم يبنون)
دليل آخر على عدم التحرر
لله تعالى وقوله (بمخالف
الوصية) متصل بقوله ان
البناء قسم ليس بسبب
لزوال ملك الباني والضمير
في قوله (لانه وضع) وفي
قوله (ثبوت مقتضاه)
وقوله (فبقى على مقتضاه)
كلها واجمع الى الوصية
بتأويل الايصاء وحاصل معناه
لو قال لان الوصية بالمعصية
لا تصح فهذا أولى كان
معناه قوله يعني الاختلاف
والتبليغ فجعلنا من التليك
نظر الى الاختلاف) أقول

قال (وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقال الوصية باطلة) لان هذه
معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لاسي تنفيذها من تقر برها ولا يحنيفة
حنيفة أن هذه قرينة في معتقدهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدنيون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى
أنه لو أوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه ثم
الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني
وإنما لزوال ملكه باني يصير محررا خالصا لله تعالى كافي مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة
فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولا يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه
الصورة تورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في
غير ما هو قرينة عندهم فبقى فيها هو قرينة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث

في معتقدهم قرينة كما سيجي فاذا باطلت حقيقة الوصية عندهما فبأنه فيكون بناء البيعة والكنيسة
معصية حقيقة وان كان قرينة في معتقدهم الكفار لزمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاختلاف والتبليغ
تصحيح الكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة فترجمه الله بغير ظاهر لان كون الموصي به قرينة في
معتقد الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما سيجي أيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة
الوصية عندها كما تصح فيما اذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سببنا بدون المصير الى اعتبار معني
الاختلاف والتبليغ في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي
حنيفة وترجمه الله وصاحبيه وان كان جوابا على الاتفاق بينهم كفي المسئلة السابقة وأسلوب تحرير ما في
الكتاب وشرحه يشعر باتفاقهم في التخريج أيضا فيتمثل (قوله ثم الفرق لأبي حنيفة ترجمه الله الى قوله
والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية قبل تحرر على معتقدهم (أقول) نقائل أن يقول
ان أصل أبي حنيفة ترجمه الله أن كون الشيء قرينة في معتقدهم كاف بناء على أن أمرنا بان نتركهم وما
يعتقدون فلا اعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر أيضا فلم يغير هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في
معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق
العباد به قلت ذلك ما مقرر الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولا يبنون فيها الحجرات الى آخره والكلام في
التعليل الاول فلامعنى للخلط (قوله ولا يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد

الحق فانها تسكن فيها أساقفتهم وتدفن فيها موتاهم) (قوله وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت
الوصية عند أبي حنيفة ترجمه الله) قال مشايخنا ترجمه الله هذا الاختلاف فيما اذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في
القرى فاما في المصر فلا تجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة في الامصار كذا في الجامع الصغير
البرهاني قلت الظاهر أنه أراد هنا القرينة ما ليس فيها من شعائر الاسلام فئ أما اذا كانت قرينة فيها من
شعائر الاسلام فهي كالصر ولهذا لا يمكنون من بيع الخور والحنان ريفها (قوله ألا ترى أنه لو أوصى
بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم) وهو كما اذا أوصى بجمع أو بان
يبنى مسجد للمسلمين أو بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية بمنه باطلة بالاجماع (قوله فكذلك عكسه)
أي تجوز الوصية بداره كنيسة لقوم غير مسمين اعتبارا لاعتقادهم (قوله امتنع ثبوت مقتضاه) وهو زوال
الملك في غير ما هو قرينة عندهم فبقى أي الايصاء فيما هو قرينة على مقتضاه وهو زوال الملك فذلك لا يورث

(٥٣ - تكملة الفتح والكفاية - تاسع) فيه نظر فان الاعتبار من التليك انما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق
ولهذا لو ملك في حياته حال المرض يعتبر من التليك أيضا والظاهر ان النظر الى المعنيين في التجوز والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف والاعتبار
من التليك يعلم مما أسلفه قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقى على مقتضاه كلها واجمع الى الوصية المناسب للكلمة

أن الوصية تامة لا زالة الملك الآن لفظها ثاقداً عن أفادة معناه وهو زوال الملك فيما إذا وصى بماليس بقربة في معتقدهم فاما إذا لاقتم ما هو قربة فيه علمت عملها وقوله (ثم) (٤١٨) الحاصل ان وصايا الذي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يراد به الوصية ببناء البيعة أو

ثم الحاصل ان وصايا الذي على أو بعدة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما إذا وصى الذي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها إذا وصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما إذا وصى بالحمى أو بان يبنى مسجد للمسلمين أو بان يسرح في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتباراً لا اعتقادهم الا إذا كان اقوم باعيانهم لو قوعه تملكها لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها إذا وصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما إذا وصى بان يسرح في بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم وهذا جزأ من سواء كانت لقوم باعيانهم أو بغير اعيانهم لانه وصية بمأهوقربة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً ومنها إذا وصى بما لا يكون قربة في حقنا ولا في حقهم كما إذا وصى للمغنيات والناتحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم باعيانهم فيصح تملكها واستخلافاً وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لاننا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المهر وفي تصرفاته بين أي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تاتي على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم

به) قال صاحب العناية قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظر لان كون هذا دليل لا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلاً عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندى أن قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لا بى حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة بين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ كانه قال ثم الفرق لا بى حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني لانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تاتي على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية تقرر على اعتقادها أو المرتدة فلا تقرر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الاصح وهما يصدقان اه (أقول) ليس هذا

ثم أو رد محمد رحمه الله على نفسه سؤال فقال كيف يكون هذا قربة من الذي فانه لا يشاب على ذلك قلنا الاحكام في حقهم انما تنبى على ما يظهرون لا على الحقيقة ألا ترى انه اذا ذبح وسمى اسم الله تعالى تحل ذبخته وان كان ما يعتقده الله ليس به على الحقيقة ولو ذبح باسم المسيح لا تحل ذبخته على ما قال عروضى الله عنه اذا سعى عنهم سوا بغير الله فلا تاكوا (قوله وهو ما ذكرناه) وهو الوصية ببناء البيعة والكنيسة (قوله والجهة مشورة) أى صرف هذا المال الموصى به الى الحمى وبناء المسجد والاسراج فيخرج منه على طريق المشورة وذكر الامام قاضيان واذا وصى بمأهوقطاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء مسجد أو بالاسراج فيه فان سعى لقوم باعيانهم حلت ويكون تملكها منهم وتبطل الجهة التي عينها ان شاءوا فاعلوا ذلك وان شاءوا تركوا وان كانوا لا يحصون لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه تملكها وانما ليست بقربة في اعتقادهم حتى يكون تملكها من الله تعالى في اعتقادهم فلا يصح (قوله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها) ذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا فقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية

الكنيسة وقوله (كما ذكرناه) يعنى من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أى من الجانبين وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعنى أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استئذاة المسجد وغيره اخرج منه على طريق المشورة لا على طريق الاكراه وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعنى أنها جائزة عندهما موقفه عند أبي حنيفة ان أسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله (وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تاتي على الردة) وصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية ان الذمية تقرر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقرر على اعتقادها والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الاصح وهما يصدقان

كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة (قوله

قال

والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الاصح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فانهم اذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطأ بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالاصحية بالالزام

وقوله (واذا دخل الحرب دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذى بماله كله جاز) قبل هذا اذا لم تكن الورثة معه أما اذا كانت فانها تتوقف على إجازتهم وإلى هذا أشار بقوله (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستامن أيضا) جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم (٤١٩) فى دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا مراعاة لحق المستامن لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله (لمبايعة) إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بمجازة على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام) دار الاسلام

طرف لا وصى لاقوله حربى أى لو أوصى الذى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجوز لتبائن الدارين ولو أن الذى إذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له أى للمستامن مسلم أو ذى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب الوصى وما يملكه)

لم يفرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى لما أن كتاب الوصايا يشمله لكن قدم أحكام الموصى له لكثرته وأكثر وقوعه فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (ومن أوصى بالرجل أى جعله وصيا) (فقبل الوصى

قال (واذا دخل الحرب دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذى بماله كله جاز) لأن امتناع الوصية بمجازة على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا ولأن حرمته ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أعتقت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو برع عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لمبايعة وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذى بوصية بمجازة لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذى ولهذا تصح عقود التملك من منه فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يجوز لانه مستامن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجز يقول أوصى الذى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز باعتبارنا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الاسلام فمما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالأثر اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لأن الأثر ممتنع لتبائن الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب

(باب الوصى وما يملكه)

قال (ومن أوصى بالرجل فقبل الوصى فى وجهه الموصى ورد هاهنا فى غير وجهه

بتوفيق صحيح اذ لا شك أن مراد من قال فى الخلافات هو الصحيح يرجع هذا القول على القول الآخر لبيان مجرى وجهته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدق قاعدا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لأن الأثر ممتنع لتبائن الدارين الوصية أخته) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الأثر منقوض بمسائل متعددة مرت فى الكتاب آتاهمنا ما اذا دخل الحرب دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذى بماله كله فانه جائز مع أن الأثر ممتنع بين الذى والحربى لتبائن الدارين وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين ولتبائن الدارين حكما ومنه ما إذا أوصى ذى لحربى مستامن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بينهما لتبائن الدارين حكما ومنه ما إذا أوصى مسلم مستامن بشئ فانه أيضا جائز فى ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتبائن الدارين أيضا إذا كان الكافر حربيا ولو كان مستامنا

(باب الوصى وما يملكه)

أن الذممة تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها كذا فى النهاية (قوله وإذا دخل الحرب دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذى بماله كله جاز) قبل هذا اذا لم يكن ورثته معه فى دار الاسلام أما اذا كانت ورثته معه يتوقف على إجازتهم وأشار فى الكتاب إلى هذا بقوله وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز) قوله فى دار الاسلام يتعلق بقوله أوصى للحربى أى لو أوصى الذى فى دار الاسلام لحربى لم يجوز لتبائن الدارين بدنه ما حقيقة وحكما وكذا لفظ المبسوط ولأن الذى لو أوصى لحربى فى دار الاسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا وهو قوله وكذا لو أوصى له أى للمستامن مسلم أو ذى بوصية جاز والله أعلم بالصواب

(باب الوصى وما يملكه)

فى وجه الموصى) أى بعلمه (وردها فى غير وجهه) أى بغير علم الموصى هكذا ذكره فى الذخيرة إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصى *(باب الوصى وما يملكه)* قال المصنف (وذلك من حق المستامن أيضا) أقول لا من حق ورثته حتى ينافى ما قلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التملك من منه فى حال حياته) أقول فيه شئ فان هذا الكلام انما يناسب لاثبات جواز وصية المستامن للمسلم وألذى ويمكن الترجيح كما أشير إليه فليست امل (قوله ولأن الذى إذا أوصى) أقول فى صحة هذا العطف تأمل

فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشرائه بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك

لما قرع من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرة ما وكثر وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشرائه بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتمتة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من كتابها والفصل العاشر من التتمة والباب السابع والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصوصة من فتاوى قاضيان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرائه بغير عينه لانه لا يملك عزل نفسه عما لا يؤدي الى تغير علم الموكل كما في الوصى لانه يؤدي الى تغير علم الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلًا بشرائه بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغير العلم وهذا فيما اذا كان بشرائه شيء بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قبل الابعاض من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فمن هذا عرفنا أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية بخلاف لعامة روايات الكتب كالتمتة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر في التتمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلًا بشرائه شيء بعينه لا بشرائه شيء بغير عينه ومما ادعاه صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلًا بشرائه شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في أكثر المعترات عزل الوكيل فصلا على حدة أو بآباء على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلًا بشرائه شيء بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرهما ترك الذي ذكره بالكتابة في عامة روايات الكتب ولعمري ان جل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة لعلنا نأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكالة تردوا لكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى أن من وكل غائبا قبل علمه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلًا ثم قال لا يصح

ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى أى يعلم الموصى و رده في غير وجهه أى في غير علم الموصى (قوله بخلاف الوكيل بشرائه بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) هذا مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتمتة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من كتابها والفصل العاشر من التتمة والباب السابع والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصوصة من فتاوى قاضيان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرائه شيء بعينه لانه لا يؤدي الى تغير علم الموكل كما في الوصى لانه يؤدي الى تغير علم الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلًا بشرائه شيء بعينه حيث يملك عزل نفسه عما لا يؤدي الى تغير العلم وهذا فيما اذا كان بشرائه شيء بغير عينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قبل الابعاض من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فمن هذا عرفنا أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية بخلاف لعامة روايات الكتب كالتمتة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر في التتمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلًا بشرائه شيء بعينه لا بشرائه شيء بغير عينه ومما ادعاه صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلًا بشرائه شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في أكثر المعترات عزل الوكيل فصلا على حدة أو بآباء على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلًا بشرائه شيء بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرهما ترك الذي ذكره بالكتابة في عامة روايات الكتب ولعمري ان جل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة لعلنا نأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكالة تردوا لكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى أن من وكل غائبا قبل علمه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلًا ثم قال لا يصح

ليبدأ له حاله عند رد الموصى (فليس برد لان الميت مضى لسبيله) أى الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضطرار لا يجوز فبرده وطوبى بالفرق بين الموصى له والموصى اليه في أن قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم وأجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصى فكان في رده بغير علمه اضطرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصى ولا ضرر له في ذلك وبشير الى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشرائه بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) أى في غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هناك

لانه حتى قادر على التصرف بنفسه) فانه جعل له جواز عدم الضرر كافي رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف له ما رواه ابان
الكتب من التهمة والتخبره وأدب القاضي المصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحمدي وفتاوى قاضيه ان ونقل عن كل واحد منهما ما يدل على
أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه (٤٢١) من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة

ولكن ليس فيما نقله
ما يدل على الوكيل بشراء
شيء بغير عينه وعن هذا
قال بعض الشارحين رواية
عامة الكتب فيما اذا كان
وكيلا بشراء شيء بعينه
وقد أشار إليه المصنف في
كتاب الوكالة في فصل الشراء
بقوله على ما قيل لا يجوز
من الموكل وذلك ايضا قول
المشايخ على ما يشير إليه
قوله قبل وسببه الاضرار
بتغريره وما اذا كان وكيلا
بشراء شيء بغير عينه فليس
فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل
ولم يرد حتى مات الموصى
فهو بالخيار ان شاء قبل
وان شاء لم يقبل لان الموصى
ليس له ولاية الا لزام فبقى
مخيرا) يعنى كمن وكل حال
حياته فانه ما لم يوجد من
الوكيل قبول نصا ودلالة
كان بالخيار فيقبل كان
يجب أن لا يكون مخيرا لانه
لما بلغه الايصاء ولم يرد
اعتمد عليه الموصى ولم
يوص الى غيره وفي ذلك
ضرره والضرر مرفوع
وأجيب بان الموصى مخير
حيث لم يسأله عن الرد
والقبول فلا يبطل الاختيار
بخلاف ما اذا قبل ثم رد في
غيته فانه غا فيه على اختيار
بما له وجود صريح اذ لم يوجد صريح

لانه حتى قادر على التصرف بنفسه) فان ردها في وجهه فهو رد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا
غرو وفيه لانه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم
يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مخيرا فلو أنه باع شيئا من تركته فقد لزمه لان ذلك دلالة الالتزام
والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل
اذ لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية بخلافه لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية
اليه ما اذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انا به لثبوته في حال قيام ولاية الميت فلا
يصح من غيره علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء

عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصوص وموكل الوكيل بالبيع والشراء
والنكاح والطلاق وسائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم
الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما اذا كان وكيلا بشراء شيء
بعينه وعن هذا قال صاحب الكافي ههنا بدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه الخ ألا يرى أن
الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرر والضرر المنهين فان يجب في الغرر والضرر
من الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لانه لا ضرر هناك لانه حتى قادر على التصرف بنفسه) أقول
القائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى في حياته فان الموصى حتى
قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى بعد أن قبلها في
وجهه لانه في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايصاء الى أحد استخلافه بعد الموت لانه في حال
الحياة قلته تصرف الذي رفعه الموصى الى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في
حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في
حياته على الايصاء الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام ههنا في عدم صحة رد الوصى بغير علم
الموصى فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كأنص عليه في التخبره وذكر في الشروح
أيضا (قوله واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول رد عليه أن يقال هب أن الوصاية بخلافه
لكنها ليست بخلافه ضرورة كالوراثة بل هي خلافة اختيارية ألا ترى أنه لو لم يقبله الموصى البيوع لم يرد
حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها
على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بما مشكل جدا اذ لا يخفى أن اختيار شيء

لوصح رد الوكيل يلزم الموكل ضرر وهو أن يعزل الوكيل نفسه ويشتري ذلك المعين لنفسه وفيه ضرر الموكل
ولا يلزم هذا الضرر في غير المعين (قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار) فان قيل كان يجب
أن لا يكون له الخيار لانه لما بلغه الايصاء ولم يرد حال حياة الموصى فترك الميت الايصاء الى غيره اعتمادا على أنه
يقبله فاذا رده بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهةه والجواب عنه أن الميت مغرور وليس مغرور لانه كان من
حقه أن يسأل عنه أنه يقبله أو لا يقبله فاذ لم يفعل ذلك وبني الامر على أنه يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره
جعل مغرورا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصى بخلاف ما اذا قبل لانه لما قبل في حياته ترك الايصاء الى غيره
م اعتمادا على قبوله فلو مات الرد بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهةه والغرور ينتفي (قوله واذا كانت
خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة) يعنى لما كانت خلافة كالارث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث

وقوله (فلو أنه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة قائم بالعمل على الصريح اذ لم يوجد صريح
بعد الموت وقوله

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعنى الاتقاني

(وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار) (٤٢٢) فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل

وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي أخرجه من الوصيتين قال لا أقبل) لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالشواب ودفع الاول وهو أعلى أولى الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وبما يجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية في دفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه في دفع الضرر من الجانبين فلهذا ينغدا أخرجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه أقبل لم يلغى اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي

وقوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فلي تأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو الاول سواء أي الواحد فيهما يكفي انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن للتبعض أي يبينه في بعض الكتب المقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما عبارة هذا البعض يصح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيهما من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا شاهد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا أو عبدا صيبا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخوانه فيما تقدم انتهى والمحجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا بدون التبع لما تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من

واذا صح البيع صار لازما حكما لفاذا البيع فلا يملك رده بعد ذلك وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب منها ما ذكر في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه أي سواء كان المخبر حرا أو عبدا أو فاسقا أو صبيعا ان لا (قوله ودفع الاولى) أي المضرة الاولى وهو أعلى لان ضرر الميت غير مجبور (قوله الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) استثناء عن قوله فله ذلك (قوله لانه مجتهد فيه) أي لان الموضوع موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند فرجه بانه دفع الضرر عن الوصي والقاضي ولاية دفع الضرر عن الناس فينغذ قضاؤه وبطل الايجاب فلا يعتبر بالقبول بعده وذكر في أدب القاضي لاصدق الشاهد في باب ما يكون قبولا للوصية ولو أوصى اليه وهو ليس يحاضر فيلغى ذلك في حياة الموصي أو بعد وفاته فقال لا أقبل ثم قبل بعد ذلك يجوز لان هذا رد لم يصح من غير علم الموصي كرد الوكالة لا يصح من غير علم الموكل فاذا لم يرتد الايجاب وقبل مع القبول الا أن يكون القاضي أخرجه من ذلك بذلك الرد فيكون خارجا عن الوصية فبعد ذلك ان قبل لا تصح واختلف المشايخ في تخريج هذا الحكم منهم من قال انما كان لان على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصي فالقاضي متى أخرجه من الوصاية بذلك الرد فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينغذ واليه ذهب الامام السرخسي ومنهم من قال انما يصح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرج جسمه ويصح الاخراج فهذه أولى واليه ذهب الامام شمس

القضاء بالمواريث ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو الاول سواء أي الواحد فيهما يكفي وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي اذا سكنت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرج القاضي حين قال لا أقبل لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لفرقان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر للوصي لكن الاول أعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالشواب ودفع الاعلى من الضرر أولى لاجل حاله وقوله

(الآن القاضي اذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك يعني ان القاضي اذا أخرجه عنهما حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينغذ واليه ذهب الامام شمس الانفة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما يصح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان

قال

للقاضي أن يخرج جسمه ويصح الاخراج فهذه أولى واليه ذهب الامام شمس الانفة الخواني والباقي واضح

(قوله وقوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافراً إلخ) ومن أوصى إلى عبد غيره أو كافراً ذمياً أو مستأماً أو حراً أو فاسقاً أخرجه عن القاضى عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القيد يشرى إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعد العبث أو كرمه في الصور الثلاث أن الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً أو معناه سيئ بطل قال الفقيه أبو الليث واليه ذهب القيد وروى عن الإمامين عيسى وجماعة مشايخنا أن معناه سيئ بطل وجهه أن العبد أهل للتصرف ولهذا حازت تركه ولكن لما كان يحجزه عن استيفاء حقوق الميت فظنوا أن يكون منافع للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الإجازة كان له الرجوع وعند ذلك يحجز العبد عن التصرف بالوصية قلنا أنها تستبطل بإخراج القاضى إياه عنها وأما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة أنه لو فاسق سبياً قبل أن يخرج القاضى حراً (٤٢٣) ثبت أن الإيصاء صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة بخلاف

القاضى أن يخرج عنه عن الوصية وقال بعضهم أنه باطل في العبد واليه ذهب شمس الأئمة السرخسى وذلك لأن الوصية ولاية متعدي وذلك للعبد ولاية على نفسه فضلاً أن يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته إشارة إلى ما قبل الإجازة وقوله (واستبداده إلى ما بعده) لأنها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به الأثر وقيل معناه في الكافر أيضاً باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الإخراج ظاهر وقد ذكرنا بهضامه أن ما قبله (وهذا يصلح عذراً في إخراج) وتبديله بغيره) لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالحلابة ترافع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصية وقوله (ومن أوصى إلى عبد نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه) أى هذه الوصية

قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافراً أو فاسقاً أخرجه عن القاضى عن الوصية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشرى إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعده ما ذكرنا في الأصل أن الوصية باطلة قبل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية تستبطل وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه سيئ بطل وقيل في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجلالة لأنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكن من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكفر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرج عنه القاضى من الوصية بتوقيف غيره مقامه تماماً للنظر وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال وهذا يصلح عذراً في إخراج ما تبديله بغيره قال (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لأن الكبار أن يعنه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيحجز عن الوفاء بحق الوصية فلا ينفذ فائدة وإن كانوا صغاراً كانهم قالوا صفة الجائز عند أبي حنيفة لا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب بروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف وجه القياس أن الولاية منه مقدمة لما أن الرق يناقها ولأن فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولأن الولاية صادرة من الأب لا تتجوز

قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعنى أن القاضى إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لأن المصنف قد قبل قوله فله ذلك بقوله إن لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضى إذا أخرجه عن الوصية لم يكن له ذلك أى لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالإجماع كما نصوا عليه فلم يبق احتياج إلى استثناء ما إذا أخرجه القاضى عن الوصية من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا لأن القاضى إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستثناء في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندى أن يكون قوله هنا لأن القاضى إذا أخرجه استثناء من قوله في قوله به ودفع الأول وهو الأعلى أولى فيكون هذا الاستثناء داخل في حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظر إلى مفهوم قيد ما هو قوله إن لم يكن

الأئمة الحلوانى رحمه الله (قوله ومن أوصى إلى عبد أو كافراً) أى إلى عبد غيره لقوله بعده لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى (قوله قبل معناه في جميع هذه الصور) بطل بدل عليه ما ذكر في الإيضاح ولو تصرف العبد قبل أن يخرج عنه القاضى نفذ تصرفه لأنه أهل للتصرف لكن يخرج عنه القاضى للمعنى الذى ذكرناه وهو أن منافع بدنه مستحقة للمولى فلا يجوز الصرف إلى ورثة الموصى وقبل الإخراج الوصية باقية فننفذ تصرفه (قوله واستبداده) أى ولعدم استبداده بنفسه لأن منافع مملوئه الظاهر أنه عنه من التبرع به على غيره وكذلك بعد إجازة المولى لا تصح وصايته أيضاً لأن هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم (قوله وولاية الكافر على المسلم في الجلالة) وهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً فأنه يصح شراؤه ويثبت له الملك فيه والولاية عليه لأنه لا يجوز

قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه سيئ بطل (أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فإن اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال والجل على عموم المجاز يحمل تأمل يعلم الجواب بما ذكرنا في شرح الاتقانى وهو أن محمداً ذكر في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصى إلى الذى قال الوصية باطلة وكذلك أن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد في الأصل وإذا أوصى غيره فالوصية باطلة وإن أجاز مولاة أو فاسقاً أو كافراً أو حراً أو مستأماً أو غير مستأمن فهو باطل وقال في الأصل أيضاً ولو أوصى إلى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية إليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية إلى عبد الغير جارها الآن يؤول ويقال إذا كان

وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يبيع رقبته) وقوله وهذا انقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تجزأ اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزئ في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزئ فكان عائد اعلى موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك للقاضي أن يبيعه فيحقق المنع والمنافاة واجب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله بكونه ناظرا (٤٢٤) لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشغفته

وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا انقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولا فان الصغار وان كانوا املا كالمس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة أو نقول يصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحج الأصل أولى قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصي والورثة هذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته القاضي أخرجه حين قال لا قبل كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق أصلها ويؤيده أن هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك أيضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية وانما في هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقردوري في التقریب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذ لا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدتهم أن لا يكون قوله مضطربا في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان أوصى الى عبده غيره فالوصية باطلة وان أوصى الى عبده نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انهم باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا يخبر فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولا فان الصغار وان كانوا املا كالمس لهم على البيع والجبر على البيع لا يشترع بعدم الولاية (قوله وله أنه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احتراز عن الايصاء الى عبد الغير فانه لا استبداد له وعن الايصاء الى عبده نفسه وفي الورثة كبار لان لكبير أن يبيع نصيبه منه فلا يبق حينئذ للعبد الاستبداد بنفسه وأما ما فينا نحن فيه فلا يملك بيعه أحد فممكن مستبد بالتصرف وفي الاسرار فان قيل للقاضي ولاية البيع في هذه المسئلة قلنا اذا ثبت الايصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع (قوله والوصاية قد تجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة رحمه الله) فانه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والآخر في الدين روي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى اليه خاصة (قوله رعاية لحق الموصي والورثة) فرعاية لحق الموصي في إبقاء الاول وصيا

على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تجزأ) جواب عن قوله ما وفي اعتبار هذه تجزئتها وذلك أن الحسن بن زباد روى عن أبي حنيفة أنه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه أي الى التجزئ كي لا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يغضى الى تغيير وصفه وهو جعله تجزئا بعد ما لم يكن قائما بغير الوصف لتصحج الأصل أولى من إعادته بالكلية قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم أن الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف العاجز أصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره وعناية لحق

الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واداعلم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظار وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك أي عدم الاستبداد بعجزه لا يجيبه كذا كفي الكتاب ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين أي جانب الموصي والموصى يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي أن يتعرض اليه بالانحاج وان شكاه الورثة أو بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره وجه ذلك مذكور في الكتاب

للقاضي أن يعجزه لم يستقر على الصحة فكانه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

قوله (ومن أوصى الى اثنين الخ) روى عن أبي القاسم الصغار أنه قال هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى اليهما جميعا معا بعد واحد فاما إذا أوصى الى كل واحد منهما بعد على حدة فإنه ينصرف لكل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال (٤٢٥) الفقيه أبو الليث هذا أصح

وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين
إذا وكل كلامه معا على
الانفراد وحتى عن أبي بكر
الاسكافي أنه قال الخلاف
فيهما جميعا سواء أوصى
اليهما جميعا أو منفردا
وجعل في الميسوط هذا
الأصح لأن وجوب الوصية
انما يكون عند الموت وجب
تثبت الوصية لهما معا فلا
فرق بين الافتراق والاجتماع
بخلاف الوكالة وانما قال
الا في أشياء معدودة ولم
يذكر كنهها لاختلاف
أقوال العلماء فيها فذكر
في الاسرار ستة وهو ما عدا
تنفيذ الوصية المعية وقبول
الهبة وجعل الاموال
الضاغعة من تجهيز الميت
وقضاء الدين بجنس حقه
وشراء ما لا بد للصغير منه
وبيع ما يسرع اليه
الفساد ودفع الغضب والودعة
والخصومة وذكر في الجامع
الصغير لقاضيان ثمانية
وهي الستة المذكورة في
الاسرار وتنفيذ الوصية
وقبول الهبة وذكر فيه
أيضا جميع الاموال الضاغعة
قبل ويحتمل أن يكون قبول
الهبة من جنس جمع
الاموال الضاغعة فيعدان
واحدا كما لا تردا مائنا
عليه من الثمانية التي
ذكره المصنف أكثر من ذلك

ونقص كفايته فيتم النظر بأعانه غيره ولو شك كالموصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشك قد يكون كاذبا تخفعا على نفسه وما إذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فليس للقاضي أن يخرج له لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختارا لميت مرضيه فابقاؤه أولى ولهذا قدم على أبي الميت مع وفور شفقتة فالولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شك الوارثة أو بعضهم الوصى الى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يمدوله منه شيئا لانه استغاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الحياة فالميت انما نصبه وصيلا لمانته وقد فانت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصى له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا في أشياء معدودة تنبيه ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينصرف لكل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعى لا تختص بقبول لاسكن منهنما كمالا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف التكامل ولان اختيار الاباهاما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما واهما أن الولاية تثبت بالتقوى فيراعى وصف التقوى وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد ومارضى الموصى الاباثنين وليس الواحد كالثاني بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كمالا لان الانكاح بحق مستحق لها على الولي حتى لو طالت به بانكاحهما من كنف يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للموصى ولهذا يبق بخسار في التصرف في الاول أو في حقها على صاحبه فصع وفي الثاني استوفى حقها لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي علمها ما ولها ما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية وموضع الضرورة مستثناة أبدا وهي ما استثناء في الكتاب

المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فلا قاضي أن يبيعه فيحقق المنع والمنافاة وأجيب بأنه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب في أكثر الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول في هذا الجواب بحث لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطالب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور مانع له صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال وأورد في شرح الاقطع سؤالا وجوبا فقال فان قيل اذا كانوا صغارا فاقاضي يلى على بيعه اذا رأى ذلك قبل ولاية القاضي على الوصى لا تمنع جواز الوصية لانه يلى على الاحرار وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناء في الكتاب

قوله ولو شك كالموصى ذلك) أى لو شك كالموصى الى القاضي عجزه عن القيام بأسر الوصاية (قوله لان الوصاية سبيلها الولاية) أى الوصاية انما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصى الى الوصى الا بطريق الانابة بدليل ان الايصاء يتم بقوله أوصيت مطلقا ولو كان طريق الانابة لم يصح الا بالانابة على ما هو المعصود كالوكيل فإنه لو قال وكلتك لعلك التصرف مالم يذكرا ما أفاض اليه من التصرف وكذا لو قال جعلتك حاكما لعلك تنفيذ القضاء مالم يبين له ذلك وههنا لم يصح الايصاء اليه مطلقا فذا انه اثبات الولاية بطريق الخلاف والدليل عليه ان أوان ولايته بعده والولاية الموصى والولاية اذا ثبت لاثنين شرعا ثبت لكل واحد منهما كمالا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبت شرطها وهذا لان الولاية لا يحتمل التجزى لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تجزى بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة (قوله أصله الدين الذي علمها لهما) يعنى اذا كان الدين علمها فلا حدهما ولاية الايقاء واذا كان لهما لا يكون

وأخوانها فقال (الأي شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهذا ملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جو عا و عربا (وردا لوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه ملكه المالك وصاحب الدين اذ ظفر بجنس حقه وحفظ المال على كمن يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي (وتنفيد وصية بعينها وعق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الرأي (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خسارة الفوات ولانه ملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرر ولا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خسارة الفوات ولانه ملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية توفي الجامع

وأخوانها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناء القدروري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد لوديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدروري الاستثناء عليها في مختصره واقفى أثره الصنف في البداية وقوله هنا وأخوانها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناء في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله وردا للمغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وهي ما استثناء في الكتاب أي في مختصر القدروري كما سبق وقوله وأخوانها بالرفع عطف على ما اشار الى انه زاد عليه أشياء أخرى ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعلنا في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والافار بعة عشر وما زاده ثلاثة كالمظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئا عن الغلة بما زاد المصنف في الاخوات أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة مختل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لا بد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله وردا لوديعة بعينها وردا للمغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى أقول لا يخفى أن ما ساعده نحر المصنف من الاعراب هو الذي ذكر في الشرح المزبور لكنه منظوره فيه عندي لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الغرض المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه المصنف المستتر فيما استثناء في الكتاب وهو القدروري والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدروري في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفت مما بيناه فيما مر آنفا اللهم الآن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تعليب ما ذكره القدروري في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الالتفات به تأمل (قوله وحفظ المال على كمن يقع في يده) قال صاحب

وقوله (لانهم ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الوصي لفققتها من غير من أوصى اليهودي كرواية الجامع الصغير بيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقبضائه بل هو على الاختلاف

لأحدهما ولاية الاستيفاء (قوله وقضاء الديون) أي يجنس حقه

الصغير وليس لاحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لأنه رضى بامانتها جميعا في القبض ولأنه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قبل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل

النهاية ومعراج البراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعني أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لأنه ليس في قضاء الدين الاحفظ للمال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ذهب اليه تكاف بار دبل تعسف فاسد اذا لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وتحفظ الاموال كمالا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم هوهم أن لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الأمر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصوص ومن كتب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعه الآن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاء الدين قبضه من ماله في الأساس تقاضيتي دني وبديني واقتضيت ديني واقتضيت مني حتى أي أخذته انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لأن العرف قاض على الوضع أي راجع عليه فان قلت بقي المخالفة حينئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك الآن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا وفي ديارنا ولا غير وفي اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الأصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد نفي الاسلام البردوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضى مستعملا في المطالبة بما لا يملكه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة معبورة انتهى بتدريجهم (قوله ولأنه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لعل أن يقول

وقوله (ولو أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما

(قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء) أي القبض في عرفهم فيكون على الخلاف وفي عرفنا يراد به الطلب فيملكه كل واحد منهما (قوله ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قبل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين) وعن أبي القاسم الصغار هذا الخلاف فيما اذا أوصى اليهما جميعا معا بعدد واحد فلما اذا أوصى لكل واحد منهما بعدد على حدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بخلاف قال الفقيه أبو الليث قول أبي القاسم الصغار صرح به نأخذ وحكي عن أبي بكر الاسكاف قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا ذكر في المبسوط ولم يذكر في الكتاب ما اذا أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ولكن الأصح أن الخلاف في الفصلين لأن وجوب الوصية يكون عند الموت فتثبت الوصية لهما جميعا بخلاف الوكالة وقد وصى الانسان الى غيره على ظن أنه يمكن من اتحاف معصوده وحده ثم يبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فكان بمنزلة الوصية لهما معا بخلاف الوكيلين فان رأى المورث فأنه هناك واذا عجز الوكيل يمكن المورث من المباشر بنفسه فلم يكن قصده هم الثاني الى الاول وانما كان قصده اناية كل واحد منهما منابه بالانفراد

وقوله (فان مات أحدهما) متصل باول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى) ظاهر وقوله (والى الجد فى النفس) يعنى اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغار واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما وخلفا يعمل (٤٢٨) عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان

كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد وقبل الخلاف فى الفصلين واحد وهو الاصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تنعاقب فان مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيه ضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبي يوسف الحى منهم ما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه متصرفا فى حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى فلهى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه وعن أبي حنيفة أنه لا يتفرد بالتصرف لان الموصى ماضى يتصرف وحده بخلاف ما إذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأى المثنى كإرضائه المتوفى واذا مات الوصى وأوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركته الميت الاول عندنا وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركته الميت الاول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فملك الإيصاء الى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى فى المال والى الجد فى النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الإيصاء أقامة غيره مقامه فيما له ولا يمتنع عند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلة فيما ولانا لما استعان به فى ذلك مع علمه أنه قد تعثر به المنية قبل تميم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار واضيا بإيصاله الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة

للموصى ولاية فى التركتين أى فى تركته بنفسه سمها تركته باعتبار ما يؤل اليه وتركته وصيه أى فى تركته فباعتبار أنه ملكه وأما فى تركته وصيه فباعتبار الوصاية اليه فنزل الثانى منزله فهم ما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أى لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره أو موصى الى غيره قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر ثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقام الوصى الموصى له نائباً عن الورثة أعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة فى المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفى المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصص الورثة فى يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقام الوصى مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقه وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا فى

ان كان الاقتضاء فى معنى المبادلة كان القضاء أيضا فى معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من قوله واذا مات الوصى وأوصى الى آخر) أى قال جعلته وصيا فهو وصيه فى تركته وتركته الميت الاول عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يكون وصيا فى تركته الميت الاول هذا اذا أطلق اما اذا قال جعلته وصى ما تركه صار وصيا فى تركته وتركته وصيه فى ظاهر الرواية لان تركته وصيه تركته أيضا وعند أبي يوسف ومحمد جعلاهما الله بصير وصيا فى تركته الوصى فقط لانه نص عليه (قوله والى الجد فى النفس) حتى كان له ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص (قوله ثم الجد قائم مقام الاب الى آخره) الاب كان له ولاية الانسكاخ بنفسه وبأقامة غيره مقامه فكذلك الجد له ولاية الانسكاخ بنفسه وبأقامة غيره مقامه وكذلك الوصى كان له ولاية التصرف فى ماله بنفسه وبأقامة غيره مقامه فكذلك الوصى لقيامه مقامه (قوله ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة) أى نيابة عن الورثة جائز ومقاسمة الورثة أى مقاسمة الوصى الورثة عن الموصى له أى نيابة عنه صورته رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر ثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقام الوصى الموصى له وأعطى له الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة حتى لو هلك حصص الورثة فى يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشئ لان ولايته نافذة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار والموصى له خصم والقسمة بين الخصمين نفذت وأما عكسه وهو ان يكون الوارث كبيرا حاضرا والموصى له غائبا فقام الوصى مع الوارث فأعطى الوارث حقه وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له حتى لو هلك ماله فى يده كان للموصى له ان يرجع على الورثة ثلث ماله لا ولاية للموصى عليه وذكر الامام المهبوبى محيى الى مبسوط شيخ الاسلام ان

ومقاسمته

المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك فى يد الوصى ما أفرزه

كان له أن يرجع على الورثة ثلث ماله أى يدهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة اذا كانوا صغارا كان للموصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا ما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانه نوع يبيع وجه المسئلة ما ذكره فى الكتاب وحاصله أن الورثة الوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة

عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه (١٢٩)

في نفوذ القسمة عليه (وقوله

حتى يرد بالعيب) أى فيما
اشترأ المورث (ويرد عليه)
أى فيما باع المورث ويصير
مغروا بشرأ المورث فانه
إذا اشترى جارية فبعت
ثم استولدها المورث ثم
استحققت الجارية فانه
يرجع على بائع الميت ولو
لم يكن خليفة لارجع كالأب
باعتها المورث من آخر
والمسئلة بحالها فان المشتري
يرجع على بائعه دون
بائع بائعه لانه ليس بخليفة
عن بائعه حتى يكون غروره
كغروره (وقوله غير أن
الوصى لا يضمن) جواب
سؤال تقديره إذا كانت
القسمة غير صحيحة كان
تصرفه غير مشروع وذلك
المال بعد ذلك الفعل الذى
هو غير مشروع فيجب
الضمان كما لو تعدى على
المال واستهلكه ووجه
الجواب ما قال لانه أمين فيه
وله ولاية الحفظ في التركة
فصار كما إذا هلك بعض التركة
قبل القسمة الخ وفيه إشارة
الى أنه لا ضمان عليه إذا كان
مأفرا زه للورثة في بدله لان
الحفظ انما يتصور في ذلك
أما لو سلمه اليهم فالوصى له
بالخيار ان شاء ضمن القابض
بالقبض وان شاء ضمن
الدافع بالرفع كذا في النهاية
فان قاسم الورثة كان
معلوما من سياق كلامه
ولكن ذكر لكونه لفظ

ومقامه سمته الورثة عن الوصى له باطلة) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير
مغروا بشرأ المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا فصحت قسمة عليه
حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصى ليس له أن يشارك الوصى له أما الوصى له فليس بخليفة عن الميت من كل
وجه لانه ما لم يكن سبب جدي ولها لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغروا بشرأ المورث فلا يكون الوصى
خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفترزه عند الوصى كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى
لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي
لان الوصى له شريك الوارث فيتولى ما تولى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال
(فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الوصى له فصار يرجع الوصى له بثلث ما بقي) لما بينا

الجانبيين وإذا كان أحدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضا من باب الولاية مع
أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار
كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه إشارة الى أنه لا ضمان عليه إذا كان مأفرا
للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما لو سلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض
وان شاء ضمن الدافع بالرفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لان مقتضى تحريره أن يثبت
للوصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصى ما أفترزه للورثة اليهم على الاطلاق
أى سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في أيديهم أو هالكًا وليس المسئلة كذلك لاني النهاية ولا في غيرها فانه قال في
النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا في أيديهم كان للوصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث
ما أعطاهم وان كان هالكًا كان الوصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى الى الورثة ان شاء ضمن
القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالرفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك المال كل في يد الوصى
لم يكن للوصى له أن يضمن الوصى شيئا بقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا أشار
الامام المحمدي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الوصى له في يد الوصى وبقي نصيب
الورثة كان للوصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الوصى وهلك حصة الوصى له
في يد الوصى أيضا فاهلك في يد الورثة من حصة الوصى له فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصى وان شاء
ضمن الوارث انتهى

مقامة الوصى للموصى له عن الورثة جائزة في العروض والعقار جميعا إذا كانت الورثة صغارا كلهم حتى لو هلك
نصيب الورثة لم يكن لهم الرجوع شئ على الوصى له لان الوصى له ولاية على الورثة لا ترى ان له ولاية يبيع نصيب
الصغار من العقار والمنقول جميعا ما لو كانت الورثة كبارا فليس للوصى له ولاية البيع على الكبير الغائب في العقار
وله ولاية يبيع المنقول عليه فكذا القسمة لان القسمة نوع يبيع فلذلك قلنا إذا كانت الورثة كبارا غائبا كانت
مقامة الوصى للموصى له عن الورثة جائزة في العروض والعقار وأما مقامة الوصى مع الورثة عن الوصى له
باطلة في العقار والعروض جميعا سواء كان الوصى له صغيرا أو كبيرا حاضرا أو غائبا حتى لو هلك حصة
الموصى له في يد الوصى وبقيت حصة الورثة كان للوصى له ان يرجع ثلث ما في يد الورثة ان كان قائما في
أيديهم (قوله والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث) لان من كان خليفة لاحد كان خليفة
لن قاسم مقامه فصار تصرفه كمن تصرفه إذا كان غائبا فصحت قسمة عليه (قوله ولا يصير مغروا بشرأ الموصى
حتى لو كان الوصى به جارية فتستولدها الوصى له ثم استحققت أخذها المستحق ولدها ولا يصير لولدها بالقسمة
بحكم الغرور بخلاف الوارث (قوله لما بينا) إشارة الى قوله لان الوصى له شريك الوارث فيتولى ما تولى
على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة

الجامع الصغير وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه

(قوله وفيه إشارة الى أنه لا ضمان عليه إذا كان مأفرا زه للورثة في يده) أقول لا يقال هذا الخالف لما ذكره سابقا من قوله فاعطى الورثة حصة لهم لانه

(قال وان كان الميت اوصى بحجة الخ) رجل مات وترك اربعة آلاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فانخذ الو حتى ألفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرق في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرق ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا وقال ابو يوسف (٤٣٠) يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان

سرق ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى وقال مجد اذا سرق الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله (ومن اوصى بثلاث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي أن هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لان القسمة فيه تغيير لا مبادلة حتى يتفرد أحد الشرىكين من غير قضاء ولا رضا ويجوز لاحدهما أن يبيع نصيبه مراعاة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع ويباع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الغرامم لعله اشار الى ذلك فانها مما يوزن وقوله (واذا باع الوصى عبدان التركة) ذكره لفرق بينها وبين ما اذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المدون بغير محضر من غرامم العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هناك حق في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال

قال (وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال ابو يوسف ان كان مستغرا لثلاث رجوع بشئ والا يرجع بتمام الثالث وقال مجد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولا ييوسف أن يحل الوصية لثالث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لغوا محلها ولا يي حنيفة ان القسمة لا تراد لانها ابل المقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالنسليم الى الجهة اسماءه اذا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال (ومن اوصى بثلاث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسماها الموصى له غائب فقسمة جائزة) لان الوصية يحق له ان يوزن الوصية له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لاسم ما في حق المولى والغيب ومن النظر افرار نصيب الغائب وقبضه فنقض ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقدهلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصى عبدان التركة بغير محضر من الغرامم فهو جائز) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرامم وان كان في مرض موته فكذا اذا تولا من قام مقامه وهذا لان حق الغرامم متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لغواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المدينون

(قوله وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة أي قامم الوصى الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصى والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما واقفني آثره صاحب معراج الترابية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فبا بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع عن يده مستند كالحضاض كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده واجمع الى الوصى في حيث يتنظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الا في كاترى (قوله وقال مجد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الموصى غير ملزم بشئ اذله الرجوع عن الوصية قرا فلا يلزم من

(قوله وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة) في بعض الفوائد ذكر في المبسوط طخواهر زاده واجمعوا ان الموصى لو قامم الورثة واخذ الثلث فضاع في يده قبل ان يدفعه الى النائب فانه يحج عنه بثلث ما بقي ثم وثم الى ان يبقى حصة وانما الاختلاف فيما اذا دفعه الى النائب فهلك في يد النائب واطلاق ما ذكره ههنا يدل على ان الخلاف في الفصلين واحد وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله فهلك ما في يده حج عن الميت بثلث ما بقي وكذا ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده (قوله فقسمة جائزة) وفي الجامع الصغير الموصى له بالثلث اذا كان غائبا فذاع الورثة المال الى القاضي يجوز قسمته لان له ولا يقبل على الغائب فكان قسمته كقسمته للغائب قالوا هذا الجواب فيما يكال او يوزن لان القسمة فيه تغيير وليس مبادلة حتى يتفرد أحد الشرىكين باخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضا ويجوز أن يبيع نصيبه مراعاة على ما قام عليه من الثمن وفيما عداهما لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة كالبيع ويباع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة وهذا بخلاف الوصى لانه لا ولاية له على الغائب ولا على الموصى له (قوله وان كان في مرض موته)

حقا ان غرامه فلا يتخذ غير جائزهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن للبيع بطل الحق الغريم بل يكون محققا لان خقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرامم) يعني اذا باع بمثل قيمته

لان

وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لأنه ضمنه بقبضه) أي لا يعمل آخر يكون للورثة لأن باسحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للموصي ولا لورثته وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيد الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي (٤٣١) بحكم أن الميت غره بقوله هذا

ملكي فانه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء الخ وقوله (فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع شيء) أي لا على الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم ثم لأن البيع لم يقع إلا لميت نصار كما إذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالاً

إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لأن غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والغنم تباع له (وقوله فإن قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر وكذا

يندفع بآدي تامل (قال المصنف لأنه هو العاقد

لأن الغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فخلافه قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) فباعه الوصي وقبض الثمن فضاغ في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ما وصى ببذل الثمن إلا ليس له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه ردّه قال (ويرجع فبما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالأكيل وكان أبو خنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم يرجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فآخذ حكمه أو يحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في الزامها القاضي تعطل القضاء إذ يتحاشى عن تقلد هذه الأمانة حذرًا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الأكيل وقد مر في كتاب القضاء فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع شيء كما إذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبداً فباعه وقبض الثمن فهل واستحق العبد رجوعاً في مال الصغير) لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحسب ما لا تنقض القسمة باستحقاق ما أصابه

عدم لزوم شيء لهذا عدم لزومه لذلك انتهى أقول ليس هذا بشيء فإن الوصي وإن لم يكن ملزماً بشيء في حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتتخذ من ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل مجده وأن الوصي لو أفرز بنفسه مالا ليجب عنه فهلاك ذلك المال لا يؤخذ بشيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل مالا ليجب عنه ففسر المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء أن يكون

أي إذا باعه بمثل القيمة (قوله بغير رضاه) لأن رضا المشتري بأخذ الوصي الثمن انما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم (قوله وكان أبو خنيفة غره الله يقول لا يرجع) أي لا يرجع الوصي على أحده لأنه ضمن بقبضه أي لأنه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملاً للورثة فلا يرجع عليهم شيء (قوله لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيد الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث عليه (قوله وجه الظاهر أنه يرجع بحكم الغرور) أي أن الوصي يرجع على الميت على تركته بحكم أن الميت غره بقوله إن هذا ملكي لأنه لما أمره ببيعه عبده وتصدق بثمنه على المساكين كان قائلاً إن هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً ومن جهته وكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة كذا ذكره الإمام قاضيان وذكر في الذخيرة فإن هلكت التركة لا يرجع على أحد إلا على الورثة ولا على المساكين إن كان قد تصدق عليهم بالثمن لأن البيع لم يقع إلا لميت وفي المنتقى إذا وصى الرجل إلى رجل وأمره أن يبيع هذا ويتصدق بثمنه على المساكين ففعل الوصي ذلك ثم استحق العبد من يد المشتري ويرجع المشتري على الوصي بالثمن لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين الذي تصدق عليهم بالثمن والقياس هكذا يقتضي لأن غنم تصرف الوصي يعود إلى المساكين فغرمه يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير إن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والغنم تباع له (قوله وقد مر في كتاب القضاء) في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب أدب القاضي (قوله وإذا احتال بمال

فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعية أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء كذا في كشف البرذوى وذكر في المغرب وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من ذلك فإصلاحه عليه

قوله (واذا احتل الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما إذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاء وذكري الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز به يحتاج للفرق بين ماله باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فانه جائز على ما يبيح والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكه إذا لم يكن فيها غبن فالحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالسلم فيه ورأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استئبد الا بالسلم فيه ورأس المال وهو لا يصح وإذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكه من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصي) واضح ولم يذكر ما إذا اشترى الوصي من مال الصغير شبهة نفسه أو باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز أو لا وإن كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف (٤٣٢) لا يجوز على كل حال (وقوله واصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش

قال (واذا احتل الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز) وهو أن يكون أملاً إذا لولاية نظرية وإن كان الأول أملاً لا يجوز لأن فيه تضيق مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله) لانه لا نظري في الغبن الفاحش بخلاف البسيط لانه لا يمكن التفرغ عنه في اعتباره انسداد بابه والاصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكين لا لأنهم يتصرفون بالغبن الفاحش لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيستفيد بموضع النظر وعندهم لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لأن ذلك أحوط ولو كتب جله عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حلالاً على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لمأبينا وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم طاهراً قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار) لأن الأب يبيع ما سواه وليه فكذلك وصيه

عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكين أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لأن الأذن فلك الحجز فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب علا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن قال (واذا كتب كتاب لشراء على وصي) هذا لعلم لكتاب الحقوق والشهود لنفي خمسة شهادة زور وهو واضح وقوله (لمأبينا) إشارة إلى قوله لأن ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصي على الكبير الغائب) قيد بالكبير لأن الورثة إذا كانوا صغاراً جاز للوصي أن يبيع من تركته الميت العسر والضر والفقار على جواب السلف كما ذكرناه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الوصي شيء في حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لأنهم يتصرفون بحكم المالكين) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لأنهم يتصرفون بحكم المالكية أي يتصرفون باليتيم) أي قبل الحوالة فإن كان خيراً لليتيم جاز وهو أن يكون أملاً أي قدر على الاداء وإن كانا سواء ذكرناه لا يجوز كذا ذكره الامام المحمدي وفي الذخيرة وإن كان الثاني مثل الاول في الملاء فقد اختلف المشايخ فيه وأشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز (قوله على بعض الوجوه) وهو أنه إذا لم يكن لمأبينا آخر الاداء والتأخير اتلاف من وجه (قوله لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) أي بأهليتهم لا بأمر المولى لأن الأذن فلك الحجز ولانه اذن لهم في التجارة والتأجير يحتاج إلى المساهلة ويحتمل الغبن في بعض التصرفات لاستحباب قلوب المجاهزين فكان هذا من توابع التجارة بخلاف الهبة بخلاف الأب والوصي لأنهما يتصرفان بشرط الاصلح والاحسن (قوله وإذا كتب كتاب الشراء على حدة) لأن ذلك أحوط لانه لو كتب كتاباً واحداً وجع بين الوصية والشراء يشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية فعند اداء الشهادة عسى أن يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور (قوله ولا يكتب من فلان وصي فلان لمأبينا) أي لأن ذلك أحوط (قوله وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار) استثنى العقار في حق الكبير الغائب ما في حق

من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيباً وقال المتأخر أن ما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من غن العقار أو يكون للصغير حاجة لئن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حاضراً وليس للوصي التصرف في التركة أصلاً لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة فإذا كان على الميت دين أو وصية ولم يقبض الورثة الديون ولم يتقدوا الوصية من ماله فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطاً أو بمقدار الدين إن لم يحط به يبيع ما زاد على الدين أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثالث ولو باع لتنفذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة خلاف المذكور في الدين وقوله (لأن الأب يبيع ما سواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور وحكم المسئلة إذا لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأموراً بالبيع من جهة الموصي وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر

أدغيماً وقال المتأخر أن ما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من غن العقار أو يكون للصغير حاجة لئن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حاضراً وليس للوصي التصرف في التركة أصلاً لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة فإذا كان على الميت دين أو وصية ولم يقبض الورثة الديون ولم يتقدوا الوصية من ماله فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطاً أو بمقدار الدين إن لم يحط به يبيع ما زاد على الدين أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثالث ولو باع لتنفذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة خلاف المذكور في الدين وقوله (لأن الأب يبيع ما سواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور وحكم المسئلة إذا لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأموراً بالبيع من جهة الموصي وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر (قوله لأن الأذن فلك الحجز) أقول فيه بحث فإن الكلام كان عاملاً في المأذون والمكاتب

الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة تسلا فالله - ما قال في منسح بيع الزيادة
ان جواز الحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية هنا بسبب الوصاية وهي لا تجزأ حتى تثبت له الولاية في بيع
البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرار التعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير
ألا يرى أنه تلك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته ما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب
واذا كانوا صغارا فهو منه فاحكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن الكبير اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع
المنقول بالاجماع وبيع حصص الصغار من العقار وأما بيع حصص الكبار منه فعلى (٤٣٣) الخلاف الذي مروا واشتغل بدین

مستغرق يبيع المنقول
والعقار جميعا وبغير
مستغرق يبيع بقدر الدين
من المنقول والعقار جميعا
وفي الزيادة الخلاف وان
كانوا حاضرا وكانت
التركة خالية عن الدين
يبيع حصص الصغار من
العقار بالاجماع وفي بيع
حصص الكبار الخلاف وان
كانت مشغولة بدين مستغرق
يبيع الكل وبغير مستغرق
بقدر الزيادة على الخلاف
وقوله (ولا يتجرى في المال)
ظاهر وقوله (وهذا الجواب
في تركه هؤلاء) يعني الاخ
والام والعلم وانما قيد
بتركة هؤلاء لان وصي
هؤلاء فيما ترك الاب ليس
كوصي الاب في الكبير
الغائب فان وصي الام لا يملك
على الصغير يبيع ما ورثه
الصغير عن أبيه العقار
والمنقول في ذلك سواء لانه
قائم مقام الام والام حال
حياتها لا يملك يبيع ما ورثه
الصغير المنقول والعقار
المشغول بالدين وانما عليه
فذلك وصيها وأما ما ورثه

فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير إلا أنا استحسننا أنه حفظ
لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أسير وهو ذلك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه قال (ولا يتجرى في المال) لان
المفروض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي
الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركه هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم
وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذلك وصيهم

بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن في الجرح لم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على
قوله لان الاذن في الجرح بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاما لوصي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس
هذا واراد اذ لا شك أن المدعى كان عاما لوصي المأذون والمكاتب إلا أن قوله لان الاذن في الجرح يصلح أن يكون
تعللا في حقهم ما أيضا أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الاذن في حقه في الجرح الثابت له بسبب صباه كما أن
الاذن في حق العبد المأذون في الجرح الثابت له بسبب برقه كما تقر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه
وان لم يكن مأذونا صراحة إلا أنه صار مأذونا في ضمن عقد السكينة لا بحالة فان أداء بدل السكينة بدون ثبوت
الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع في الجرح واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون
فلا غبار في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على
الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلى
ماسواه ويتقضى عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره
في وجه التقضى عن التناقض ليس بشأن لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية
بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول
المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ
والنظر أيضا كما هو الظاهر من السياق والسباق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أى
لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التقضى عن التناقض

الصغير يملك يبيع العقار أيضا وهذا جواب السلف وأما جواب المتأخرين انه انما يجوز باحد شرط ثلاثة
امان يرغب المشتري فيه بضعف القيمة أو للصغير حاجة الى ثمنها أو بان يكون على الميت دين ولا وفاء له الاب قال
الصدر الشهيد وبه يقتضى (قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير) في صورة التناقض لقوله لان الاب يلى ماسواه
ويتقضى عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر (قوله وهذا الجواب في تركه هؤلاء)
قديبه لان الوصي كالموصى وهم لا يملكون الا الحفظ فكذلك وصيهم فان كان للصغير مال لامن تركتهم لا يملك
وصيهم حفظه لان ولاية الحفظ مقصورة على تركه الموصى

(٥٥ - (تكملة الفتح والكفاية) - تاسع) الصغير من الام فلو صها فيه يبيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع
المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرا فافله يبيع الكل ودخل يبيع العقار تحت ولايته
لان يبيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين يدخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرا فليبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى
الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعلم لانه كما لولاية الام على الصغير في المال فكذلك لولاية الاخ والعلم عليه
(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلى ماسواه
ويتقضى عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافقه قوله ولا يلى

قال (والوصي أحق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعي الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه وإن مات بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته فاعلم معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد بدل على أن تصرفه أنظر لبنينه من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه

* (فصل في الشهادة) * قال (وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة) لأنهما متهمان فيها بالاثبات معية الانفسهما قال (الآن يدعيهما المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بيناه من التهمة وجسه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر له مبرأ به بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

كما لا يخفى وإن كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقبل أحد بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية فالوجه في تقرير هذا المحلل مذكوره الامام الزليعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الأب كالأب يملكه على الكبير الحاضر إلا أنه لما كان فيه حفظ ماله جازا استحسانا فمما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحموظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فإن معناه ولا يلي الأب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحموظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

* (فصل الشهادة في الوصية) * قال صاحب النهاية لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها اه وافتنى أثره صاحب العناية تغلغله أقول ليس ذلك سدي لان الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وإنما آخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الأصل عدم العارض اه (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر له مبرأ به بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي اليهم متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال إلا بالثالث فاشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة

(قوله غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه) وهو قوله ولنا أن بالإيصاء ينتقل ولاية الأب إليه إلى آخره والله اعلم بالصواب

* (فصل في الشهادة) * ههنا خمس مسائل الغريمان لهما على الميت دين والغريمان للميت علم ما دين والموصي لهما والموصي اليهما والوارثان (قوله وهذا استحسان) أي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء) فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت الشبهة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الوصيان والموصي لهما والوارثان متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال إلا بالثالث فاشبهه من هذا الوجه

وقوله (والوصي أحق بمال الصغير من الجد) قال الصغبر من الجد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه الخ * (فصل في الشهادة) *

قال في النهاية لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية آخر ذكرها لعدم عراقتها فيها وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي اليهما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال إلا بالثالث فاشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا معنى قبول الشهادة استقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت

بنصب القاضي وقوله
(وكذلك الابنان) معطوف
على المستثنى منه وقوله
فالشهادة باطلة وقوله
(وكذلك الوشهاد يعني الوصين
الخ) واضح وقوله (راذا
شهد رجلان لرجلين) جنس
هذه المسائل أربعة وأوجه
الاول ما اختلفوا فيه وهو
الشهادة بالدين والثاني
ما اتفقوا على عدم جوازه
وهو الشهادة بالوصية
يجزه شائع من التركة
كالشهادة بالف مرسلة
أو بثل المال والثالث
ما اتفقوا على جوازه وهو
أن يشهد الرجلين بجارية
ويشهد المشهود لهما
للساهدين بوصية عبد
والرابع وهو المذكور
في الكتاب آخرها وأن
يشهد الرجلين بعين ويشهد
المشهود لهما للشاهدين
بالف مرسلة أو بثل المال
ومبنى ذلك كله على تهمة
الشركة فما ثبتت فيه
التهمة لا تقبل فيه الشهادة
وهو الثاني والرابع ومالم
ثبتت فيه التهمة قبلت
كالثالث على ما ذكر في
الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى
منه وهو قوله والشهادة
باطلة) أقول يعني أنه
معطوف عليه بعد تقييده
بالشرط كما قيل في عطف
قوله تعالى ولا يستأخرون

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهم يجبران الى أنفسهم ما نفعا
بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره فشهدا بباطلة)
لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهد الوارث كبير في مال الميت لم يجز وان
كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالان شهد الوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما
ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية
بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقق التهمة

فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية
واقفي أن ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظور فيه عندى أما
السؤال فلا نجاة له أصلا فان الوصين الذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي أن
يضم اليهما وصيا آخر بل لا ريب كما نقرر في أوائل باب الوصى وما عدا ذلك يكونا عاجزين عنه ولكن سالا
القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الاستحسان فإنه أيضا أن يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من
المعتبرات وأشار اليه المصنف هنا بقوله أوصم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سالا من
القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم
الى الوصين مطلقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما
نص عليه في عامة المعترات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن
شهادتهما اقرارا منهما بوصى آخر معهما للميت واقرارهما بحجة على أنفسهما فلا يتمكنا من التصرف
بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة مالومات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة
قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا آتيا فيسقط
بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في
الاصل واذا كذبهما المشهود وعليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود وعليه من مشايخنا من قال ما ذكر
أنه يدخل معهما الثالث قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما الثالث منهم من يقول لا بل
المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يحتج فيه بخلاف وان صدقهما وقال لأقبل الوصية قال
أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أبي فانه لا يعمل رده وابطاؤه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قد اس
مانحن فيه على ما لم يكن ثم توصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع القارق اذ التهمة هناك
وفيما نحن فيه تهمة كجائز أو أيضا القاضي يحتاج هناك الى نصب الوصى وهذا يحتاج اليه في زعم المجيب
فان هذا من ذلك وبجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام
بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى أن تشهدا المتهم مع أنه لا تقبل شهادتهم فكيف
يترتب عليها أن انتهت أقول هذا ليس بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعى واجبا له لا في
اسقاط شئ كؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية
كما أشار اليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شئ
يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالا ستحباب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك
فيترتب عليها أن الدفع ولقد أفصح عنه صاحب العناية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملأ نصب
الوصى اذا كان طالبا للموت مع وفاء فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة
التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاف لدفع المتهم عن القاضي فصلحت
دافعة لا موجهة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله
مالم يكن ثم توصى وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا (قوله انه يثبت لهما ولاية الحفظ ولا يبيع المنقول

بخلاف شهادتهم في غير التركة لا تقطاع ولا يوصى الاب عنه لان الميث أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدین ألف درهم وشهدا لآخرين لاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للأخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا أو بوصية فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجه القول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتي فلا شركة ولهذا تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للأخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة تنبث بالموت ولهذا الواسط في أحدهما حقه

وكذلك الابن معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اه أقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابن بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الخرجل وهو ينكر يقتضي أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابن معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر في ماداهم الى جعل قوله وكذلك الابن معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذلك وكذلك الحكم شهادة الابن في صورة أن ينكر المشهود له ماشه بابه وفي صورة أن يدعيه فان شهادتهما تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسننا وهذا جسد جدا فان جواب مسألة شهادة الابن كجواب مسألة شهادة الوصيين في صورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا جعل قوله وكذلك الابن معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتين مسألة شهادة الابن ومثروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرر ورقة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي أنه معطوف على المجموع لا بحالة (قوله بخلاف شهادتهم في غير التركة لا تقطاع ولا يوصى الاب عنه لان الميث أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن تجوز شهادتهما لو اوارث صغير أيضا في غير تركته الميت عند أبي حنيفة لجريانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم جواز شهادتهما لو اوارث صغير بشي من تركته الميت وغيرهما متفق عليه كما مر في الكتاب آنفا فليتأمل في الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسله أو بثلاث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهد لرجلين بجارية أو يشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرها وأن يشهد لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسله أو بثلاث المال ومعنى ذلك كله على تهمة الشركة فثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كفي الثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا

وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه الامام محمد ولم يطرأ أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتي فلا شركة لهذا الوترع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للأخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لا بحال الذمة به ولهذا الواسط في أحدهما حقه من التركة شاركة الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المدون لانه في الذمة لبعثها لا في المال فلا تتحقق الشركة

عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لان الوصي انما صار خصما بقول الوصاية فيما هو من جهة الميراث واما فيما هو للوارث الكبير على الأجنبي لا بطريق الارث هو كاجنبي آخر (قوله وأبو حنيفة ترجه الله فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف رحمه الله) أي لا يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الدين ولا في الوصية بالف درهم وقوله وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله أي تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الوصية بالف درهم فصار عن أبي حنيفة ترجه الله واثبات وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك وعن محمد رحمه الله رواية واحدة وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد وشهد الموصى لهما للشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للشهود فيه فلا تمكن التهمة في الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلاث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك لانهما أوجبا شركة لانهما فيهما شهد به

من التزكية بشارة الاخر فيه فكأن الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المدعيون
لانه في التهمة لبقا في المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهد أنه أوصى لهذين الرجلين بحجر يتوه وشهد
المشهد ولهما أن الميت أوصى للشاهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فالتهمة (ولو شهدا
أنه أوصى لهذين الرجلين بثلاث ماله وشهد المشهد ولهما أنه أوصى للشاهدين بثلاث ماله فالتهمة باطلة وكذا
إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعده وشهد المشهد ولهما أنه أوصى للاولين بثلاث ماله فهي
باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

(*) (كتاب الخنثى)

انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا محتمل لانه ان أراد بالاجزاء الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير
أحدها ما اتفقوا على جواز ونائبهما اتفقوا على عدم جوازه والثاني ما اختلفوا فيه وما عده وجهاً رابعاً داخل
في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة فهي خمسة لأربعة كيدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل
الاثنين منها وجهاً واحداً على أن قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا
على جوازه لا يساعده كون مراده بالاجزاء هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بالاقسام الكلية المذكورة
كما لا يخفى ثم ان صاحب النهاية والكفاية وان ذهباً أيضاً الى كون الاجزاء في جنس هذه المسائل الاربعة لا
أن تقريرهما لا ينافي كون المراد بالاجزاء هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير
صاحب العناية فانهم قالوا فيه وحسن هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع
وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى
كالخارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تمكّن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد
الرجلان بوصية بعجز شائع كالوصية بثلاث ماله ويشهد المشهد ولهما للشاهدين بالف مرسلة أيضاً وفي الوجه
الثالث لا تقبل أيضاً وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهد
لهما أن الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلاث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه
وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق أن تثبت القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الميث في كتاب نكحت
الوصايا حيث قال وإذا شهد أربعة نفر شهد هؤلاء لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه في
وجه تقبل شهادتهم بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بامثله ودليله
وكيفية شمس الأئمة المرحومين في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها
ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد
منها تأمل

(*) (كتاب الخنثى)

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آله واحدة في المبال من آلتى النساء والرجال شرع في بيان أحكام
من له آلتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين أولان الاول هو الاعم والاذنب وهذا كان نادر
فيه انتهى أقول فيه بحث أما أولاً فلا نأخذ ما ذكر في الكتب السابقة من الأحكام ليس بخصوص من له آله

للاخرين وكذلك إذا شهد الاخرين بالف مرسلة أيضاً وفي الوجه الثالث انه لا يقبل أيضاً وهو أن يشهد
الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد وشهد المشهد ولهما أن الميت أوصى للشاهدين الاولين
بثلاث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين (قوله فكأن
الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة) لا يقال ان لوها في هذه الشهادة مضرة وهو ان لاتسع الشركة
حق الغيرين فينتقص حقهما بالشركة لا نقول هذا لوهم عسى يتحقق وعسى لا يتحقق ومنفعة ثبوت حق
المشركة فيما يستوفيه الاخر متحققة فتد الشهادة لهذا والله أعلم بالصواب

(*) (كتاب الخنثى)

(*) (كتاب الخنثى)

فصل في بيانه *

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنثى يدل على لين وتكسر ومنه الخنثى وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وهما لم يتقدم شئ فساوجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا فاما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجمال (قال واذا كان الخ) أي قال القدرى اذا كان للمولود فرج وذكور فهو خنثى والظاهر أن الواد الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلى الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الاكثرتين عند الانفصال من الام ليست الاخر وجع البول منها وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للدلالة كونها مبالا فاذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حق هذه والآخرة زيادة خرق في

*(فصل في بيانه) * قال (واذا كان للمولود فرج وذكور فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منه - ما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلى (وان كانا في السبق على السواء فلامعتبر بالكثرة عند أي حنيئة وقال ينسب إلى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان لكثرة حكم الشكل في أصول الشرع فيخرج بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما ووضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل) وكذا

واحدة بل يعي من له آلة واحدة ومن له آلتان ألا يرى أن الاحكام المارة في كتاب الوصايا مثلا جارية بامرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها وأجلها انما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان وأما ثانيا فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتمام اذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لافي بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صرح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بناء على ما في معنى تخصيص الشرع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول يتجه عليه أيضا ما ذكرناه انما من البحث الاول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادر الان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة أما آلة الرجل وأما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة وقد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جديدا لقوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أجوج الى البيان لكونه بعيدا عن الازدهان وموقوفه على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الأزمان

*(فصل في بيانه) * قال صاحب العناية فان قبيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وهما لم يتقدم شئ فساوجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه

*(فصل في بيانه) * اعلم ان الله تعالى خلق بني آدم ذكورا واناثا كما قال الله تعالى وبث منهن ما رجلا كثيرا ونساء وقال يهب ان يشاء انانا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما اولم يدين حكم من هو ذكر وانثى فدل انه لا يجمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما مضافة (قوله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلى الصحيح) وذلك ان ما يقع به الفصل بين الذكرو والانثى عند الولادة الآلة وذلك في الآدمي وفي سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الآلة لخروج البول منها وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للدلالة كونها مبالا فاذا بال عرفنا ان الآلة هذه وان الآلة بمنزلة تولد في البدن (قوله وان بال منه ما فالحكم للاسبق) والفقه فيه ان حين وجد الاول لم يكن له معارض فاخذ اسم المبال قبل ان يأخذ الآلة وذلك الاسم والثاني يعارضه الاول حين وجوده فخرج السابق (قوله وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق) أي اذا كان بوله في الخروج والكثرة على السواء كان مشكلا بالاتفاق وفي شرح الطحاوى وقال أبو يوسف ومحمد رجلا

إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ندى مسترولان هذه من علامات الذكورة (ولو ظهر له ندى كندى المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لأن هذه من علامات النساء (وان لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكوك) وكذا إذا تعارضت هذه المعالم
 * (فصل في أحكامه) * قال رضي الله عنه الأصل في الخنثى المشكوك أن يؤخذ فيه بالاحوط والوثق في أمور الدين وأن لا يحكم بشبهة حكم وقع الشك في ثبوته قال (وإذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فيفسد صلاته

فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا فافهم في وقوعه في التفصيل لافي الاجال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الأخرى عن الأولى فإذا عرفت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الأولى به أيضاً وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا إشارة في أول الوهلة إلى أن هنا فصلاً آخر يذكّر بعيد وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أمراً ولا فلان الفصل إنما يذكّر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطع شيء آخر مطلقاً وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله وهنا لم يتقدم شيء فواجه ذكر الفصل فاستلزم انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الأخرى عن الأولى إنما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطابقة الأولى لتحقيق الانفصال عما تقدم في الأولى أيضاً كما لا يخفى والفصل إنما يذكّر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقدير بوجوب ما نأمله أنه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة إلى أن هنا فصلاً آخر يذكّر بعيد وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فلا يلزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضاً بعيد ولم يذكّر بعده فصل آخر قطعاً عن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلاً واحداً ولا يذكرون بعده فصلاً آخر أصلاً

* (فصل في أحكامه) أي في أحكام الخنثى المشكوك وهو الذي لم تظهر فيه إحدى العلامات وتعارضت العلامات لأن غير المشكوك إما أن يكون رجلاً أو امرأة أو حكم كل واحد منهما معلوم فبما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله) وإذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا اللفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فيفسد صلاته) أقول في تحرير هذا التعليق نوع خلل لأن قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لأنه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لتفريع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة إذ لا تأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل وكأن بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوز تخلله النساء وإنما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف في التعليق حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتخلل النساء حتى

الله يعتبر الأكثر منها فان استويا في الكثرة فالواجب العمل لنا به ثم ان أباحنفة رحمه الله استقيح السراج بكثرة البول على ما يحكى عنه ان أبابوسف رحمه الله لما قال بين يديه يورث من أكثرهما بولاً قال يا أبابوسف هل رأيت قاضياً يكيل البول بالأواني أي الكثرة على الحقيقة لا تعرف إلا بالكيسل ولا يجوز الاشتغال به (قوله) وكذا إذا تعارضت هذه المعالم بان ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة وأنه أعلم * (فصل في أحكامه) *

البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكوك وهذا يرفع ما يقال لاشكال بعد البلوغ الا اذا أريد به الغالب

* (فصل في أحكامه) * لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكوك لان غير المشكوك إما أن يكون رجلاً أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الأصل في الخنثى المشكوك) ولم يقل المشكوك لأنه لما لم يعلم تذكريه وتأنيه والأصل هو الذكرك لان حواء خلقت

من ضلع آدم اعتبره (فان

قام في صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته فاحب
الى أن يعيد صلاته لاحتمال
أنه رجل) قيل وانما قال
باستحباب إعادة الصلاة ولم
يقبل بالوجوب والاختصاص
بالاحتياط في باب العبادات
أولى لان المسقط هو الاداء

معلوم والمفسد وهو محاذاة
الرجل المرأة في صلاة
مشتركة موهوم فلهوهم
أحب له أن يعيد الصلاة فان
قيل الخشني اذا كان مرافقا
فلا إعادة عليه وان أفسدها
فان كان بالغاً فلا إعادة
واجبة لانه ان كان ذكراً
وجب إعادة وان كان
أنثى لا يلزمه فحب احتياطاً
فما وجه قوله أحب الى أن
يعيد أجيب بان مراده اذا
كان مرافقاً فلا إعادة
مستحبة تخلفاً واعتقاداً أو أما
اذا كان بالغاً فلا إعادة
واجبة كذا في الذخيرة
فعلى هذا التقدير تكون
إعادة من على عينية يساره
وخلفه بمحاذاته اذا قام

في صف الرجال واجبة
لكن ذكر في المبسوط أن
المراد بالاعادة هو الاعادة
على طريق الاستحباب لما
بيننا أن محاذاة الرجل المرأة
في حقهم موهوم وقوله
(وأحب البنا أن يصلي
بقناعت) يعني اذا كان مرافقاً
وأما اذ بلغ بالسن فذلك
واجب وقوله (وهو وعلى
الاستحباب) يعني اذا كان
غير بالغ وأما اذ بلغ بالسن

(فان قام في صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام في صف الرجال فصلاته تامة
ويعيد الذي عن عينية وعن يساره والذي خلفه بمحاذاته صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب
البنا أن يصلي بقناعت) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة
وهو جائز في الجلالة وان كان امرأة فقد ارتكب مكر وهالان الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير
قناعت أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزاءه (وتبتاع له أمة تختنه ان كان
له مال) لانه يباح لمولوكته النظر اليه رجلاً كان أو امرأة

تفسد صلاته لا - ثم انه رجل انتهى (قوله فان قام في صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال
انه رجل) هذا اللفظ محمّد في الاصل قال جهو والشرح انما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب
والاختصاص بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة
في صلاة مشتركة موهوم فلهوهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى
المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة أن كون المفسد موهوماً لا يرفع وجوب إعادة
الصلاة عند تقرير كون الاختصاص بالاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرح به فان الاحتياط يقتضي
الاحتراز عن الموهوم أيضاً فالظاهر عندى ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح هذا عنهما وهو أن قوله فاحب الى
أن يعيد صلاته فيها اذا كان الخشني المشكل مرافقاً فان الاعادة مستحبة في حقه تخلفاً واعتقاداً أو أما اذا كان
بالغاً فلا إعادة واجبة لانه ان كان ذكراً كان عليه الاعادة وان كان أنثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة
احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك
سنة وهو جائز في الجلالة وان كان امرأة فقد ارتكب مكر وهالان الستر على النساء واجب ما أمكن (أقول
في هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز في الجلالة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكر وه وان أراد
به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجلالة عند العذر وكما صرح به في المبسوط
والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار
انتهى فهو مسلم لكن رديت على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكر وهالان يقال ارتكب
المكر وه أيضاً جائز عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار فما الرجحان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل
في الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمولوكته النظر اليه رجلاً كان أو امرأة) قال
صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامتلاء يباح لها
النظر الى مواضع العورة من سيدتها ما لاقا لانه ذكر في استحباب المبسوط أن اللامعة أن تنظر الى مولاتها كما

(قوله فان قام في صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته) وانما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب لان
المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلهوهم أحب له أن يعيد
الصلاة كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة فان قام في صف النساء فصلتي قال احب الى أن يعيد
صلاته لانه مبي أو صبية فان كانت صبية تبرز بها صلاتها ويحتمل ان يكون صبياً ففسد صلاته فيومر
بالاعادة تخلفاً واعتقاداً فان لم يعد فلا شيء عليه ان كان مرافقاً وان كان بالغاً وكان مشكلاً له يلزمه
الاعادة حتماً وإيجاباً لانه ذكر أو أنثى فان كان أنثى لا تلزمها الاعادة وان كان ذكراً كان عليه الاعادة فتجب
عليه الاعادة احتياطاً (قوله ويعيد الذي عن عينية وعن يساره والذي خلفه بمحاذاته صلاتهم احتياطاً)
لاحتمال انه امرأة وفي المبسوط والمراد من الاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بيننا أن محاذاة المرأة
الرجل في حقهم موهوم ومبني العبادات على الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا صلاتهم لهذا (قوله وعلى
الاستحباب) أي الامر بإعادة الصلاة اذا صلى بغير قناعت على الاستحباب لان الفساد موهوم والمسقط وهو الاداء
معلوم (قوله ويبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمولوكته النظر اليه رجلاً كان أو امرأة) هذا

ولم ينفه فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فلا إعادة واجبة وقوله (لانه يباح لمولوكته النظر اليه رجلاً كان أو امرأة) وبكر

قبل فيه نظره وان كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لان الامثلة يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى مالها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان أنى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو احق منه الى خلاف الجنس فليس للمالك تأثير في اباحه نظر المملوك الى سيدتها فان قيل فلو (٤٤١) زوجها المولى امرأه يهر بسير أغنته عن

شراء الجارية بمن كثير
لحصول ما هو المقصود على
هذا التقدير اوجب بان
محمد لم يقبل ذلك لعدم
التيقن بعمه النكاح مالم
يتبين أمره ومع هذا لو
فعل كان صحيحا لان الخنثى
ان كان امرأه فهذا انظر
الجنس الى الجنس والنكاح
لغو وان كان ذكر افهوا
نظر المذكوحة الى زوجها
(وقوله ويكرهه في حياته
لبس الحرير) قيل لا فائدة
لقوله في حياته فانه لا لبس
بعد الموت وانما هو لباس
فكان معناه مفهوما من
قوله لبس وهو مناقشة
سهلة لانه ليس كل ما يد كرفي
الترائب يكون قبيحا
للإخراج لجواز أن يكون
بعضها بيانا للواقع وانما
كره ذلك لان لبس الحرير
حرام على الرجال دون النساء
وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ
بالاحتياط فان الاجتناب
عن الحرام فرض والاقدام
على المباح مباح فيكره اللبس
حذرا عن الوقوع في الحرام
وقوله (وأن يتكشف قدم
الرجال أو قدم النساء) يعني
اذا كان مرأها والمراد
بالانكشاف هو أن يكون
في ازار واحد لا بداء موضع

ويكره أن يختصر رجل لانه عساه أنى أو تخنثه امرأه لانه له رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت المال) لانه أعد لنواب المسلمين (فاذا خنثته باعها ووثقنها في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكرهه في حياته لبس الخلي والحرير

للأجنبيات فعلم بهذا أنه لا تأثير للمالك في اباحه النظر الى سيدتها والاولى في التعليل هناما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوك الى مالها وان كان الخنثى أنى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حاله العذر فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنى باعتبار أن نظر الجنس الى الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لأن يكون للمالك تأثير في اباحه نظر المملوك الى سيدتها الى هذا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحل النظر اليه تدأ به المرأة وكذا انظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة السنة أيضا عذر جاز لها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظره ساقط اذا شتركت في جواز النظر بالعذر الى موضع العورة من الامه المرأة والحره والمملوك وغير المملوك فلو لم يكن للمالك تأثير في اباحه نظر المملوك الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكه النظر اليه مباحا كان أو امرأه يشعر لاحتجالة بتأثير الملك في اباحه النظر الى سيدتها كتأثيره في اباحه النظر الى سيدتها فغير ذلك عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لانه يباح للمملوك النظر الى ذكره ان كان رجلا (قوله ويكرهه في حياته لبس الخلي والحرير) قال صاحب

التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل فاسد في حق المرأة لان الامثلة في النظر الى سيدتها كالأجنبيات والاولى في التعليل ما ذكر في الذخيرة لانه متى اشترى الولي جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوك الى مالها وان كان الخنثى أنى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حاله العذر فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنى باعتبار أن نظر الجنس الى الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لأن يكون للمالك تأثير في اباحه نظر المملوك الى سيدتها فان قيل هذا المعنى موجود فيما اذا تزوج الولي امرأه من الخنثى فان الخنثى لو كان ذكرا ساكتا هذه امرأته وان كان أنى كان فيه نظر الجنس الى الجنس حتى لا يحتاج الى شراء الجارية بالمال الكثير قلنا تزويج المرأة للخنثى لا يقيده اباحه الختان لان النكاح موقوف قبيل أن يسبين أمره ويجوز أن يكون ذكرا فيجوز النكاح ويجوز أن يكون أنى فلا يجوز فاذا كان مشكلا الحال كان النكاح موقوفا والنكاح الموقوف لا يقيده اباحه النظر الى الفرج هكذا ذكره شيخ الاسلام وجه الله وذكره شمس الانعم الخلو في وجه الله انما نقل تزوج له امرأه بماله لا نأتيه بيمينه نكاحه مالم يتبين أمره ولكن لو فعل هذا كان مستقيما لان الخنثى ان كان امرأه فهذا نظر الجنس الى الجنس وان كان ذكرا فهو نظر المذكوحة الى زوجها وبعضه شايخنا وجههم الله قالوا انما يقل محمد وجهه الله ذلك لان تلك المرأة تبقى معلقة اذ لم يصل اليها لا يمكن التفرق بينهما لانه صبي ولا تصل الى حقها في الجماع كذا في الذخيرة (قوله ويكرهه في حياته لبس الخلي والحرير) وقوله في حياته

(٥٦ - (تكملة الفتح والكفاية) - تاسع) (قوله قيل فيه نظر الى قوله فليس للمالك تأثير في اباحه نظر المملوك الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب الكراهية في مسائل النظر الا أنه يمكن أن يجاب عنه بان مراد المصنف من قوله لانه يباح للمملوك النظر اليه رجلا كان أو امرأه اباحه النظر ليسدهما مطلقا وليسدهما بالضرورة فحينئذ يندفع الاشكال بالسكينة (قوله يعني اذا كان مرأها) الى قوله لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام في المراهق فافعله لا توصف بالحلل والحرمه

وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم من الرجال) توقيعا عن احتمال المحرم (وأن أحرم وقدر اقل قال أبو يوسف لاعلم في لباسه) لانه ان كان ذكر أكره له لبس الخيط وان كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان ترك لبس الخيط وهو امرأة أخش من لبسه وهو رجس ولا شيء عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الخنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يقع حتى يستبين أمره (وان قال القولين جميعا عتق) للثبوت باحد الوصفين لانه ليس بمحمل (وان قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله

النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد ذلك اللباس للباس والكراهة بعد الموت للباس لا لصيت وقد اختلف في أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز ان يكون بعضها بيان للواقع انتهى أقول لبس هذا شيء لان حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لافائدة فيه ههنا لان فهم معناه بما ذكره فيما قبله وما بعده ولا يذهب عليك أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره اذا كان الواقع مبينا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الآن المصنف يسمع في ذلك لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفيين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحيا: هناك لتبيين المقابلة للتعديد انتهى (قوله وان يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) قال جهود الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من

لا يفيد زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة وبعد الموت اللباس والكراهة للباس الا انه اتبع لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفيين الخنثى اذا مات لانها لا تظهر المقابلة لان لبس الحلي والحرير لا يخل للرجل ويباح للمرأة فكان الاحتياط في ترك لبسه كيلا يكون واقعا في الحرام ان كان رجلا (قوله وان يتكشف قدام الرجال) لاحتمال انه امرأة أو قدام النساء لاحتمال انه رجل وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء العورة لان ذلك لا يخل لغير الخنثى أيضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي نظر المرأة الى المرأة روايتان (قوله وان يسافر من غير محرم من الرجال) قيد بقوله من الرجال لانه يكره ان يسافر معه امرأة محرما كان أو غير محرم لانه من الجائز ان أنثى فيكون هذا مسافرة أمرأتين بغير محرم لهما وذلك حرام (قوله وان كان أنثى يكره له تركه) أي ترك لبس الخيط فان المرأة في احرامها يلزمها لبس الخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الأزار والرداء فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لاعلمى وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك لبس الخيط وهو امرأة أخش من لبسه وهو رجس لان لبس الخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر واشتباه أمره من أبلغ الاعتذار وأما ترك الستر للمرأة فغير جائز في حال من الأحوال ولبس الخيط أقرب الى الستر ومبنى حال المرأة على الستر كافي غير حالة الاحرام (قوله لان الخنث لا يثبت بالشك) لان مع الاشكال لا يتيقن بوجود الشرط والمعلق بالشرط لا ينزل مالم يوجد الشرط حقيقة فكان هذا نظير ما لو قال ان لم أدخل دار فلان فعبده حر ثم مات ولم يعلم أدخل أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذه المعنى فكذلك ههنا (قوله لما قلنا) أي لان الخنث لا يثبت بالشك (قوله وان قال بالقولين) أي بالايحايين جميعا بان قال كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر

العورة لان ذلك لا يخل لغير الانثى أيضا وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله صلى الله عليه وسلم ألا يخلون رجلا بامرأة ليس منها بسبيل فان نائم الشيطان وأمره في ذلك محتمل نظرا الى حاله وقوله (لاعلم في لباسه) يعنى لا شبهة حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الخنث لا يثبت بالشك وقوله (وان قال بالقولين) يعنى أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لانه ليس بمحمل) يعنى أنه في الواقع ليس بخال عن أحد

الحالين وقوله (لانه دعوى يخالف قضيه الدليل) لانه يقتضى بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل) انما قال بلغنا ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم ينبغي به (وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أى غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرم لم يتكشف بالموت الآن (٤٤٣) نظر الجنس الى الجنس أخف

فلاجل الضرورة أبيع نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فان كان مشكالا لم يعرفه جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيهم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه يقيم بالصعيد مع الخرقه انهم الأجني وبغيرها ان كان ذارحم محرم من الميت وينظر الميهم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذواحمه لجواز أن يكون امرأة ولا يستري جأوبة للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يغسل المساكين قاله الشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله أهلية المساكين فيها وقوله (وضع الرجل يمينه الى الامام والخلف خلفه) يعنى اعتبار احتمال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الامات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليسنى منكم أولو الاحلام والنهى (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذو رجل الخلف خلف الرجل) يعنى يقدم الرجل

اذا كان مشكالا) لانه دعوى يخالف قضيه الدليل (وان لم يكن مشكالا. ينبغي أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتبني لاحتمال الحرمة (و يقيم بالصعيد) لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وان سجد قبره فمهرأحب) لانه ان كان أنثى يقيم واجبا وان كان ذكر كراهية لا تضره (واذا مات صلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل يمينه الى الامام والخلف خلفه والمرأة خلف الخلف فيؤخرون الرجل) لاحتمال أنه امرأة (و يقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذو رجل الخلف خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

التي تكشف ابداءه موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخلفي أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الأئمة السمرحسى في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية أقول ليس هذا بتمام عندى اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخلفي المشكك بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية فلا عن كتاب الخلفي من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف لرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز أن يكون منها كونه نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما ذكره (وقوله وان لم يكن مشكالا ينبغي أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفي هذا التعليق نظر لانه انما لا يكون مشكالا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فعند ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكالا وان لم يعلم أنه مشكك لاعلم أنه ليس بمشكك لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكالا اذا كان قد علم أنه مشكك كما صرح به

(قوله وان لم يكن مشكالا ينبغي ان يقبل قوله) أى ان لم يظهر تعارض العلامات لان الانسان أمين في حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال الا ترى ان المعتد اذا قالت انقضت عندى وأنكر الزوج كان القول قولها لم يعرف خلاف قولها ومتى عرف كونه مشكالا فتدعى ما قال وعرف انه مجازف في مقاله لانه لا يعرف نفسه اذا كان مشكالا الا ما نعرفه نحن (قوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أى غسل الرجل المرأة وغسل المرأة الرجل غير ثابت وذلك لان النظر الى العورة حرام وبالموت لا يتكشف هذه الحرمة الا بالنظر الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيع النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكالا لا يجوز له ان يعرف جنسه انه من جنس الرجال أو من النساء فيتعذر غسله لعدم ما يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيهم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين رجال ليس معهم امرأة فانها تيمم بالصعيد ثم ان كان الميهم أجنيبا ييممها مع الحرمة وان كان ذارحم محرم منها ييممها بغير الحرمة وكذلك اذا مات الرجل بين نساء ليس بهن رجل فان للنساء تيمم بالصعيد من غير خوف ان كانت الميهم ذات رحم محرم منه بخرقه ان كانت أجنبية فهذا مثلها ان كان من ييممها من النساء أو الرجل ذارحم محرم منه ييممها بغير خوفه ان كان أجنيبا عنس ييممها بغير خوفه لا بأس بان ينظر الى وجهه ويعرض وجهه عن ذواحمه لجواز ان يكون امرأة في هذا الاحتياط (قوله

الى جانب القبلة لان جبهة رأسها أشرف فالرجل للتقريب اليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم

(قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكالا الى قوله فان لم يكن مشكالا الخ) أقول يعنى ان علم الاشكال أول لم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقانى وفيه نظر لانه ان لا يكون مشكالا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فعند ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد اذ لم يعلم كونه مشكالا كما شرنا اليه فافهم

أخذنا للقرآن جانب القبلية (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه الحفنة مشتبهك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنائز وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بد من لباس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضارة كافي حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال حياته أو يدعى على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أبواب (فالولو مات أبوه وخلف ابنا) اعلم أن الشيخ ابنا الحسن القدوري ذكر (٤٤٤) قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو

(ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الي) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كالكفن الجارية وهو أحب الي) يعني يكفن في خمسة أبواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة ثلاثة أثلاث لابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الأثنان الشارح المذكور ونقل عن الحاكم الشهيد ويدل عليه أيضا قول المصنف في تعليل ذلك لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معني قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معني قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم انه مشكل أم لا بان لا يعلم لظهور واحد وان كان ذكر فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاث في الكفن للرجل لا يضره كافي حال الحياة فان للرجل ان يلبس حال حياته الزيادة على الثلاث وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاث ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أبواب فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا (قوله وهو أنثى عند في الميراث الا ان يتبين غير ذلك) أي غير كونه أنثى وهو كونه ابنا والحكم في تورث الخنثى المشكل ان يعطى له ميراث النساء الا أن يكون أسوأ حاله أن يكون ذكرا عند أبي حنيفة ومحمد رجما لله وفي قول أبي يوسف رجما لله وعليه الفتوى وعن الشعبي وهو قول ابن عباس رضي الله عنه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول أبي يوسف رجما لله آخر (قوله وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى) هذا وقع مخالفا للعامة وأيات الكتاب لان محمد مع أبي حنيفة رجما لله في عامة الروايات ويحتمل أن رادنا هذا على قياس قول الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وتكاملوا فهم اذا كان الخنثى صبيبا توهم ان يستبين أمره في الثاني انه كيف يقسم المال بينهما فافهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ووقف السدس الى أن يتبين أمره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الى أن يستبين كافي الجمل والمفقود فانه لو وقف نصيبهما الى أن يتبين حالهما أو أكثرهم على انه يدفع ذلك الى الابن لان سبب استحقاقه لجميع المال وهو البنوة مع مالوم فانما رتبة قص حقه لمرحلة حق الغير والخنثى ما زال حقه الا في الثلث فبما و ذلك يبق مستحقا له توضيحه انما حكمنا بكون الخنثى أنثى حيث أعطينا الثلث مع الابن وبعد ما حكمنا بالاثوثة في حقه يعطى الذي كثر نصف ما يعطى الاثوثة وبه فارق الجمل والمفقود فانما نحكم فيه بما شئ من موت أو حياة فلهذا لو وقف نصيبهما واذا دفع الثلث الى الابن هل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف في الدعوى ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاج في أخذ الكفيل وقال بعضهم يؤخذ منه الكفيل عندهم جميعا وانما لم يجوز أبو حنيفة رجما لله أخذ الكفيل هناك للجهول وهنا انما أخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاؤه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن (قوله

نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فجمعهم فسرهم على وجه ولم يأخذ به وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذ به وهو أن تجعل المسئلة على سبعة عشر رجب عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو نفسه بر محمد بان تجعل على اثني عشر وأخذ به وكان قول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب اذ مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما ثلاثة أثلاث عند أبي حنيفة وللابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عند في الميراث الا أن يتبين غير ذلك أي غير كونه أنثى لظهور واحد علامات المذكور بلا معارض لحنيفة يعتبر ذكر أو قولا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما

للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الأنصار والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب بخارج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة للخنثى ثلاثة وللابن أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان أنثى أن ثلاثة أثلاثا فيجعلها في حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أن ثلاثة أسهم للخنثى وأربعة للابن فسهما للخنثى ثابتن بيقين والسهم الزائد وقع

يتبين

فيه الشك فينصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصف فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثي خمسة وللأبن سبعة وفي تأخير قول محمد إشارة من المصنف إلى اختياره وذلك لأن الشك متفقون (٤٤٥) على تقليل نصيبه وما ذهب إليه محمد

أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم اضرب حصته من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصته الخنثي منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصته من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثي منه خمسة فاضربه في سبعة

يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الإمام جيد الدين (ولابي حنيفة أن الحاجة ههنا إلى اثبات المال ابتداء) لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة والأونث ولا شيء منهما معلوم وانبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن (والأول وهو ميراث الأنثي متيقن به) فوجبناه كما إذا كان اثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلى أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال إفسان على دراهم يحكمه بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون

يتبين غير ذلك) وقال للخنثي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلاف في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهماً للأبن سبعة وللخنثي خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للأبن أربعة وللخنثي ثلاثة لأن الأبن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثي ثلاثة الأرباع فعند الاجتماع بقسم بينهما على قدر حقهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثي لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما ثلاثة أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثالث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثاً للخنثي سهمان وللأبن أربعة ففهمان للخنثي ثابتهان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فالكسر فضضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثي خمسة وللأبن سبعة ولاي حنيفة أن الحاجة ههنا إلى اثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثي متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن قصر عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب أخوفانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الآن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكر الخنثي يعطى نصيب الأبن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن تكون الورثة زوجاً أو أمّاً أو اختاً أو أباً أو أخاً أو أختاً أو أمّاً هي خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم

العلامات ولا عدم ظهورها فينبذ تحقق الحاجة إلى قول نفسه وهو مسئله الكتاب هنا وحمل التعليل بقوله لأنه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما ينبغي عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عما على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لأنه إنما يكون مشككاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك فسامعني قول المصنف وإن لم يكن مشككاً ينبغي أن يقبل قوله (قوله الآن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكر) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثي متيقن به يعني أو جبن للخنثي ميراث الأنثي للتيقن وما تجاورنا عنه إلى نصيب الذكور لأن المال ابتداء لا يجب بالشك إلا أن نصيب الخنثي أقل من نصيب الأنثي إن قدرناه ذكر الخنثي يعطى نصيب الأبن في تلك الصورة لكونه متيقناً به انتهى أقول فيه نوع اختلاف لأن تفسيره من المصنف بقوله يعني أو جبن للخنثي ميراث الأنثي للتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف الآن نصيبه الأقل لو قدرناه ذكر استثناء من قوله فوجبنا المتيقن به قصر عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا الاستثناء من قوله وهو ميراث الأنثي متيقن به

واختلاف في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما من اثني عشر سهماً للأبن سبعة وللخنثي خمسة وقال أبو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة للأبن أربعة وللخنثي ثلاثة ثم التفاوت بين تخريجهما أن على تخريج قول أبي يوسف رحمه الله ما كان يصيب الخنثي أكثر مما يصيبه على قول محمد رحمه الله فإن ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثني عشر لأننا لو زدنا نصف سبع على ثلاثة أصبح نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال إلا بزيادة سهم من اثني عشر وهو نصف السدس ونصف السدس أكثر من نصف السبع فثبت ما قال أبو يوسف رحمه الله أنفع للخنثي والطريق الواضح فيه أن يضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما فيصير المجموع أربعة وثمانين ثم اضرب حصته من شيء من السبعة في اثني عشر وحصته الخنثي ثلاثة من سبعة فاضربه في اثني عشر فيكون ستة وثلاثين ثم اضرب حصته من شيء من الأثنى عشر في سبعة وللخنثي خمسة من اثني عشر فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين سهماً (قوله الآن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكر) الخنثي يعطى نصيب الأبن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن تكون الورثة زوجاً أو أمّاً أو اختاً أو أباً أو أخاً أو أختاً أو أمّاً هي خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم

الأول متيقناً به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في التسمية بقائه فلا يمنع الوجوب لا نقول ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث وإنما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة والأونث ولا شيء منهما متيقن به فيمأخذ فيه وقوله (الآن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكر)

استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أو جنبنا الخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكر الخنثى يعطى نصيب الانثى في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون زواجا أو أختا لأب وأم هي خنثى فان قدرنا الخنثى أنثى كان للزوج النصف وللأم الثلث والخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعود الى ثمانية وان قدرناه ذكر كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الأم وهو السدس وهو أقل قدرناه ذكر أو اذا ترك امرأة وأخوين لام وأختا لأب وأم هي خنثى للمرأة الربع ولبنى الاخفاف الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى تربث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعود الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكر كان له خمسة (٤٤٦) من اثني عشر وهو أقل قدرناه ذكر أو لو ماتت تركت زواجا وأختا لأب وأم وخنثى لأب

الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة ربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما
* (مسائل شتى) *

قال (واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أن يشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه أقرار فهو جائز

* (مسائل شتى) *

فدكانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذذوا في الأبواب السالفة من المسائل استدراكا للغات و يترجون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منشورة فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله وإذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أن يشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه أقرار فهو جائز) قال الشراح وإنما قد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه أقرار لان ما يجي من الآخر ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا إذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى أقول فيه نظر لانه لا يفسر الا بما برأسه في تقرير المسئلة بقوله أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقرير جوابها الى قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه أقرار بل كان يكفي

تدبر واختالاب وأم هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة ربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما فعمل ذكر افيهما لانه لو كان أنثى في المسئلة الاولى يعول الحساب الى ثمانية لانه يكون صاحب فرضة فرضه ثلاثين من ستة وللزوج ثلاثة وللأم سهمان ولو كان ذكر ا يكون له الباقي سهم وسهم من ستة أقل من ثلاثين ثمانية ولو كان أنثى في المسئلة الثانية لكان له نصف المال ستة من اثني عشر فعول الى ثلاثة عشر ولو كان ذكر ا لكان للمرأة ربع وللأخوين لام الثلث من اثني عشر سهم والخنثى خمسة وخمس من اثني عشر أقل من ستة من ثلاثة عشر لانه يصير نصف المال بنصف سهم وذاب سهم ولو ماتت امرأة أو تركت زواجا وأختا لأب وأم وخنثى لأب وللزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شيء للخنثى لان أسوأ حاله أن يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا لاصيبه شيء ولو جعل أنثى لكان له سدس وتعود المسئلة فجعل ذكر ا والله أعلم بالصواب

* (مسائل شتى) *
(قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه أقرار فهو جائز) أي إذا جاء من الإجماع والكتابة ما يعرف أنه أقرار فهو يكون وصية وإنما قد بقوله ما يعرف أنه أقرار لان ما يجي من الآخر ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار كما إذا حرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار كما إذا حرك رأسه طولا إذا كان ذلك معهودا منه في نعم ولا يجوز ذلك الذي يعتقل لسانه بضم الياء وفتح القاف على البناء للمفعول وفي المغرب واعتقل لسانه بضم التاء إذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه (قوله

كان للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في نفسه برقوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة فان قبل اذا كان الخنثى من يتوهم أنه أمه في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه أشار الى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عندنا في الميراث الآن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك كثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وإنما ينقص من ذلك المراجعة بحق الغير وحيث جعلنا الخنثى أنثى ما رجحه الا في الثلث فيسقى ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ

منه كفيل في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل منه ههنا عندهم جميعا وإنما يجوز أبو حنيفة ههنا للمجهول وههنا يأخذ بالكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيل لذلك فان تبين أن الخنثى ذكر ا استرد ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ولو وقف السدس الى أن يتبين أمره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى أن يتبين المستحق كفى الجمل والمفقود والله أعلم * (مسائل شتى) * فقد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منشورة أو مسائل متفرقة من ذاب المصنفين لندارك ما لم يذكر فيها كان يحق ذكره فيه قوله (فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه أقرار) يشير الى أن

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعلوم وهو ميراث الانثى

ما يجي من الآخر ومعتقل

اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه غرضاً والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولاً اذا كان منه معهوداً في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم اللام اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره الترمذي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه بانه يحجز عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالأخرس قالوا عليه الفتوى وقوله (في الابد عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيراً من ابل الصدقات نذف ما رجع حل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كاهه وقوله (ولا يحسد أي الآخر) اذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحسد له اذا كان مقدماً وقوله (وهو أي العجز في حق الآخر) أظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب انه يحضر وأما الح لانه أقرب وأبعد عن التكاف فتأمل (قوله بان يحرك رأسه طولاً) أقول من فوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد سئل الغصليين ولا فرق بين الاصل والعارض كالوحش والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لا يحسبنا رجهم الله أن الاشارة انما عتبت بما اذا صارت معه ودة معلومة وذلك في الآخر دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الآخر ولان التفرط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخر فلا تفرط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصل فلا ينقاسان وفي الابد عرفناه بالنص قال (واذا كان الآخر يكتب كتاباً أو يروي اعياء يعرف به فانه يجوز انكاره وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتضيه له ومنه ولا يحسد ولا يحسد له) أما الكتابة فلا يخفى انما هي بمنزلة الخطاب من دنا الأثرى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة ومرة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الآخر أظهر وألزم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا والمستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار أو أوران الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مرسوم قوله فهو جائز كالأخرى (قوله ولان التفرط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخر فلا تفرط منه) أقول لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضاً مع أنهم قالوا بمنزلة الآخر في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفاً ولعل صاحب الكافي تغفل عنه حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلا يخفى من ناي بمنزلة الخطاب من دنا الخ) أقول فيه شيء وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعض الآخر بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الآخر محجوبة في الحدود ودوليت بحجة في الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها محجوبة في الحدود اذا فارق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها محجوبة في الحدود أيضاً اذا كانت مستتبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضاً لم يكن محجوبة ضرورة فينبغي أن يكون محجوبة في الحدود أيضاً كما كان النطق محجوبة فيها أيضاً فليتأمل في الخاص (قوله وأما الاشارة فجاءت محجوبة في حق الآخر في حق هذه الاحكام كالوحش والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة) أي ما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح كالوحش الاصل ولم يفصل بين الاصل والعارض فكذا هذا (قوله حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة) وحد الامتداد سنة كما ذكره الامام الترمذي رحمه الله وذكر الخاكم أبو محمد رحمه الله رواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال ان دامت العلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه يحجز عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالأخرس قالوا عليه الفتوى كذا ذكره الامام المجوز رحمه الله (قوله وفي الابد عرفناه بالنص) جواب عن قول الشافعي رحمه الله كالوحش والمتوحش الاهلي وهو ما روى عن رافع بن خديج ان بعيراً من ابل الصدقات نذف ما رجع حل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كاهه وقوله (ولا يحسد أي حسد كان في تناول جميع الأنواع أي لا يحسد الآخر اذا كان قاذفاً بالاشارة أو الكتابة وكذا اذا أقرب بالزنا أو السرقة أو الشرب لان المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة مالم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة (قوله ولا يحسد له) أي حسد القذف خاصة اذا كان مقدوماً (قوله وهو) أي العجز في حق الآخر أظهر وألزم من العجز في حق الغائب وذلك لان الظاهر من حال الغائب انه يحضر وأما الآخر فالظاهر من حاله أنه لا يزال خرساً فلما قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء النطق بالحضور فلان تقبل في حق الآخر مع اليأس عن زوال الخرس أولى (قوله ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم أي معنوت أي مصدر بال عنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان الى فلان وينوي فيه أي يطلب منه النية (قوله لانه بمنزلة صريح الكتابة أي بمنزلة كناية قوايه) أما الكتابة فهو ليست بصريح الكتابة لانها فاعلة الكناية في الحقيقة انما تكون

الح لانه أقرب وأبعد عن التكاف فتأمل (قوله بان يحرك رأسه طولاً) أقول من فوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

فلا يثبت به الحكم وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الآخر في حق هذه الأحكام المجاعة إلى ذلك لأنهم من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والعصا حق العبد أيضاً ولا حاجة إلى الحدود لأنهم أحق الله تعالى ولأنهم تندري بالشبهات ولعله كان مصداقاً للقاء فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف لأن عدم القذف صريحاً وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والعصا أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بقتل القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جازاً جازاً أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاضات التي هي حق العبد أما الحدود الخاصة بالله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذلك ككتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيه ما روايتان

للحاجة إلى ذلك لأنهم من حقوق العباد أقول للقاتل أن يقول من هذه الأحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لأن فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى وإلهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاعتقاد كما لم تشترط في الشهادة على عتق الامسة أيضاً بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة ومرفى في الكتاب أيضاً باب عتق أحد العبد من كتاب العتاق فإن قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضاً لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لأنهم من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون إشارة الآخر حجة فيه ألا ترى أن إشارته لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون إشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علماءنا على ما عرف في موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فإن الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى أن المطالبة بالمقذوف شرط في ثبوت حد القذف وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عقو المقذوف ولا يجوز الاعتصاف عنه ولا يجزى الأرض فيه عندنا كما مر في الحدود فإظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالباً على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جازاً جازاً أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاضات التي هي حق العبد أما الحدود الخاصة بالله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه بحث أما أولاً فلا نأخذ كرهه هنا من جواز

في القول وذكر الامام الترمذي رحمه الله وإذا كتب مستبيناً لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار أو على التراب أو على الكاغد لا على وجه الرسم كان لغواً لأنه لا عرف في إظهار الأمر به فلا يكون حجة إلا بالسمعة والبيان وفي الشافعي وكذا الصحيح لو كتب الطلاق أو غيره أو ذكر الحق على نفسه فهو على تلك الوجوه أن كان مستبيناً مرسوماً ما يثبت ذلك بأقراره أو ببينة فهو كالخطاب حتى لو خدس مع ان شهد كتابته ان شهد اذا عرف ما في الكتاب وإن كتب غير مستبين لم يكن اقراراً وان شهد وقال كتب كذا فاشهدوا اني كتبت ذلك وإن كان مستبيناً غير مرسوم ان شهد عليه كان اقراراً لأن الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبالشهادة يقع البين ولو كتب ذكر حق بين يدي قوم وهم يعرفون ما يكتب ثم قال لهم اشهدوا على بما فيه يصح الاشهاد وكذا لو أملاه على غيره حتى كتب وهم يعلمون ماذا على ثم شهد بهم وفي باب ما يكون اقراراً لو كتب على نفسه صكاً بالف لفلان والقوم ينظرون اليه ويعرفون ما يكتب وقال لهم اشهدوا على بما فيه كان اقراراً وإن لم يقل لهم اشهدوا هل يكون ذلك اقراراً ذكر أبو اليسر رحمه الله قيس لا يكون اقراراً وقيل يكون لأن الظاهر يدل على أن المال عليه والأحكام انما تبتني على ما عليه الظاهر (قوله وقد ثبت بدون اللفظ) كما في بيع التعاطي ونكاح الفضولي مع القدرة على التكامل فلان يثبت هنا والجزم متحقق أولى (قوله لو شهدوا بالوطء الحرام) أي مع أن الوطء الحرام مطلقاً إنما هو الزنا لا محالة ان يكون حراماً مقيداً

حال الغائب الحضور والظاهر من حال الآخر عدم زوال نوره فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الآخر مع الياس من زوال الخرس أولى وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهوى وأما مرسوم أي معنون أي مصلح بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكر وقوله (وينوي فيه) أي يطلب منه النية فيه وقوله (لأنه بمنزلة صريح الكناية) أي الكناية القولية كقوله أنت بائ وأمثاله وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فإنه كما ثبت بالعربي يثبت بغيره (وقد ثبت بغير لفظ) أي بفعل يدل على القول

(قال المصنف ثم الفرق بين الحدود والعصا في معنى لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جازاً جازاً أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاضات) أقول وقد صرح في أوائل الجنبات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص

تم

ويحتمل أن يكون مغايراً لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقسام أهلية النطق ولا كذلك
الآخرس لتعذر الوصول إلى النطق لأنهم المانعة ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على
الكفاية بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا وجههم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية

ثبوت القصاص مع الشبهة بخلاف ما صرح به فيما مر في عدة مواقع منها كتاب الكفاية فإنه قال فيه
فلا يجوز الكفاية بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها
الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لأن فيها
شبهة بالبدلية لقيام مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادات
على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يستقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرج
بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه ويجوز الوكالة بالخصوص وفي سائر الحقوق
وكذا بإيعاها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيب الموكل عن
المجلس لأنها تندرج بالشبهات وشبهة العفو بابتها حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين
ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحد استخلف بالإجماع ثم إن نكل عن اليمين فبإدوان النفس يلزمه
القصاص وإن نكل في النفس حبس حتى يخلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه
الارش فبهما لأن النكول أقرافيه شبهة فلا يثبت به انقصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنائيات فإنه صرح
فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلاً موزناً في سقوط القصاص وفرع عليه
كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كالأجنبي على الناظر في تمام
ذلك الكتاب وأما نائبا فلا تقيده الخاصة في قوله أما الحدود والخاصة تعالى فشرعت واحر مستدرك بل
نخل هنا فإن حد القذف غير خاص به تعالى بل فيه حق أنه تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضاً جرح
لا يثبت بالشبهة ولا تكون إشارة الآخرس حجة فيه أيضاً كما صرح به فيما مر آنفاً فلا يتم النقص بالنظر إليه
على التقيد بالزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة إلى قوله لأنه
جمع ههنا بينهما فقال أشار وأكتب) قال صاحب الغاية وتولنا في دعوى الجمع بينهما ما نظر لأنه قال في الجامع
الصغير وإذا كان الآخرس يكتب أو يروي بكلمة أو لاحد الشيئين لا للجمع على أن نقول قال في الأصل وإن كان
الآخرس لا يكتب وكانت له إشارة تعترف في نكاحه وطلاقه وشراؤه وبيعه فهو جائز فبعض من أشاره واية
الأصل أن الإشارة من الآخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الآخرس بشرط أن يكتب
فأفهم إلى هنا لفظه أقول نظره ساقط جداً ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما في كل مادة من مواد
أعلام الآخرس بل مراده الجمع بينهما في جوارز أعلام الآخرس مراده بأي واحد منهما ولا شك في دلالة كلمة
أو على هذا المعنى لأن أحداً الأمرين بلا تعبير فإذا أتى الآخرس بأي واحد منهما على انفراده يتحقق الاتيان
بأحد الأمرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أي يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز
وأما علونه التي ذكرها بقوله على أن نقول الخ فليست بشئ أيضاً لأن مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير
على استواء الإشارة والكتابة من الآخرس ومعنى قوله لأنه جمع ههنا بينهما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما
كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لأنه جمع ههنا بينهما أي جمع في الجامع الصغير بين
الإشارة والكتابة ولا يرب أن هذا لا ينافي إشارة مسألة الأصل إلى أن إشارة الآخرس لا تعتبر مع القدرة على
الكتابة غاية الأمر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فإن قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف
بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من
أصحابنا يكون حينئذ مبنياً على رواية الأصل فسمعى نسبة التوهم إليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه
بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلاً أي في رواية ما وذاك أن نقول يجوز أن يكون

كالتماعى وقوله (ويحتمل
أن يكون الجواب هنا
كذلك) أي لا يكون حجة
(فيكون فهما) أي في
الآخرس والغائب الغير
الآخرس روايتان وقوله
(لأنه) أي الإشارة على
تاويل المذكور

(قوله وإن لم يوجد التعمد) أي لفظ التعمد في الشهادة والاقرار (قوله ويحتمل أن يكون الجواب هنا
كذلك) أي لا تكون الكتابة حجة في حق الآخرس فيكون فهما روايتان أي في الآخرس والغائب غير الآخرس

وقوله (لانه) أى محمدا
(جمع هنا) أى فى الكتاب
(بينهما) بقوله يكتب
كتابا أو يومئذ
وقوله (وفى) الكتاب
زيادة بيان لم توجد فى
الإشارة) لأن فضل البيان
فى الكتابة معلوم حسابا
حيث يفهم منه المقصود
بلا شبهة بخلاف الإشارة
فان فيها نوع اجماع (وفى)
الإشارة زيادة أثر لم توجد
فى الكتابة لانه) أى الإشارة
(أقرب الى النطق من آثار
الأقلام) لأن العلم بالكتابة
انما يحصل بآثار الأقلام
وهى منفصلة عن آثار
المتكلم وأما العلم الحاصل
بالإشارة فخاص بجهل
متصل بالمتكلم وهو شأنه
بيده أو رأسه والمنفصل
بالتكلم أقرب اليه من
المنفصل عنه فكان أولى
بالاعتبار وقوله (وكذا الذى
صمت يوما أو يومين) عطف
على قوله ولا يجوز ذلك فى
الذى يعقل لسانه أى
لا يجوز إقراره بأن أو بأمره
أى نعم أو كتب وقوله (وإذا
كانت الغنم مذبوحة الخ)
ظاهر وطول بالفرق بين
هذا وبين الشباب فان
المسافر إذا كان معه ثوبان
أحدهما نجس والآخر
طاهر ولا يعجز بينهما وليس
معه ثوب غيرهما فإنه يعجز
ويصلى فى الذى يقع تحريمه

ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فاقال أشار أو كتب وانما استوى بالان كل واحد منهما ما حجة ضرورية وفى
الكتابة زيادة بيان لم توجد فى الإشارة وفى الإشارة زيادة أثر لم توجد فى الكتابة لما أنه أقرب الى النطق من آثار
الأقلام فاستويا (وكذلك الذى صمت يوما أو يومين اعراض) لما بيننا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة
وقبل هذا تفسير المعتقل للسان قال (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى
فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم ياكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما فى حالة
الضرورة يحمل له التناول فى جميع ذلك لان الميتة الميتة تحل له فى حالة الضرورة فالتى تحتمل أن تكون
ذكية أولى غير أنه يعجز لانه طريق بوجه الى الذكية فى الجملة فلا يترك من غير ضرورة وقال الشافعى
لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير
ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى المادة الأباحة لأن ترى أن
أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يساج التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان
نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدرايتدون الرواية نامل (قوله) وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت
المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم ياكل) قال فى العناء بأخذ من النهاية
ضرب بالفرق بين هذا وبين الشباب فان المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يعجز
بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يعجز ويصلى فى الذى يقع تحريمه أنه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما
إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفى الذكية والميتة لم يجوز وأجيب بان وجه الفرق هو أن حكم الشباب
أخف من غير هالان الشباب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى فى بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى
الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيد أن الرجل إذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أو أربعة
نحس أو ربعه طاهر يصلى فيه ولا يصلى عرايا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس ييقن فلان تجوز
بالتحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا شبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما إذا
كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو فى حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به
وعدم تجوزه فيما إذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو فى حالة الاختيار كما صرحوا به فى شروح الجامع
الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما فى حالة الضرورة يحمل له التناول
فى جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المستثنين رأى الظهور واختلاف حكمى حالتى الاختيار والاضطرار
قطعا وأما الثانى فلان ما ذكر فيه لا يقتضى كون حكم الشباب أخف من حكم غير هالان جواز الصلاة فى بعض
الشباب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذا كانا نصفين انما هو فى حالة الاضطرار كما أفصح عنه المصنف

(قوله) لانه جمع ههنا بينهما يتعلق بقوله بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا فيكون دليل كونه نكالا فالما توهمه
البعض (قوله) فى الكتابة زيادة بيان) لانه يفهم المقصود منها بلا شبهة (قوله) لما أنه أقرب الى النطق) أى الإشارة
أقرب الى الكلام من الكتابة لأن العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الأقلام وهى منفصلة عن المتكلم وأما العلم
الحاصل بالإشارة حاصل بجهل متصل بالمتكلم وهو إشارة بيده أو رأسه فكان المتصل بالمتكلم أقرب اليه
من المنفصل منه فكان الاعتبار لما هو أقرب الى الموضوع للبيان أولى وقيل الإشارة أقرب الى النطق لما أن
النطق لا يبقى أثره وكما لو جد يتلاشى ويضعف فكذلك الإشارة بخلاف الكتابة (قوله) وكذلك الذى صمت
يوما أو يومين (اعراض) أى لا يجوز إقراره بأن أو بأمره أى نعم أو كتب وهو معطوف على قوله ولا يجوز
ذلك فى الذى يعقل لسانه (قوله) فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل) هذا بخلاف الشباب فإنه يعجز
فيها بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر أو للنجس أو استوى أو هذا لان حكم الشباب أخف ولهذا لم يكن معه الا
ثوب واحد وربعه طاهر يصلى فيه بالاجماع وان كان ثلاثة أو أربعة نجسا أو أما إذا كان الطاهر أقل من الربع
فكذلك عند محذور جهل الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف وجهما الله يتخير بين أن يصلى فيه وبين أن يصلى عرايا
قاعد بالاعفاء فلما جازت الصلاة فى ثوب نجس حالة الضرورة فلان تجوز التحرى حالة الاشتباه أولى (قوله)
وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار) أى بان يحدد ذكية بينين

القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعه للشرح كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت المينة أغلب لانه لا ضرورة فيموا لله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون مانحن فيه من الغنى بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت في من ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين ثياب المسلمين (قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تبسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداياه ألفت مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من التصرفات التي لم يسبق في البها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء وله الجود والمنة وله الكبرياء بنا آتينا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقننا عذاب النار ربنا غفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والآنصار

(قوله بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت المينة أغلب لانه لا ضرورة) لان الحالة حالة الاختيار وبوجود ذكبة بين والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

(يقول راجي غفران المساوي رحمه الله محمد الزهري الغمراوي)

ان من آكد الواجبات حمد مبدع الكائنات وأصدق لهجة فاهم اللسان شكر مفيض الاحسان فجهانه من اله أطلق الموجودات بكفاية قيوميته وأودع ذوات المصنوعات لواشع غايته فاعترف بوجوب وحدانيته فنضرب اليك اللهم ان تخنها هداية لسبيلك ووقاية من الانحراف عن اتباع قبلك ونسأل أن ان تديم الصلاة والتسليم على سيدنا محمد المبعوث بشرعك القويم وعلى آله المنوحين ففتح البصيرة وأصحابه المخصوصين بالنفوس المستنيرة (أما بعد) فقد تبرحمه تعالى طبع شرح فتح القدير للإمام العلامة الشهير الشيخ السكالك بن الهمام لازالت تظلم جردته معائب رحمة الله الملك العلام مع شرح الكفاية لمولانا مالك أئمة التحقيق ورئيس ذوي التدقيق العلامة جلال الدين الخوارزمي الكرلائي رحمه الله ومنحه من فضله فوق منمناه فقد فتح هذان الشرحان صدف الهداية شرح البداية وأخر جازمته لا تلي متناسقه ونظما عقدا كل منهما بذل غاية توسعه في ترصيعه بجواهر متلاحقة ولكن لما خانت يد المنون صاحب الفتح عن اكمال شرحه الزاهر تلاه العلامة شمس الدين أحمد بن قودري تيمم وضه العاطر فطبع هذه التكملة تالية لفتح القدير فجاءت لا تلي على اكسير وشهرة الهداية تغني عن الاطراء بشأنها فها خطه البنان لا يني ببعض قدرها فضلا عن شروحها وقد تحلت طرر هذين الشرحين مع الهداية بشرح العلامة كمال الدين محمد بن محمود الباقري المسمى بالعناية مع حاشيته للعلامة سعدى جلبي البالغة من الحسن الغاية فجاء كتابا لم يسبق لوضعه مثيل وحوى من الاسفار خمسة كل منهم في باب جليل وكيف لا وهم لاجلاء شاركوا السماء رفعة والشمس نورا وحووا من المسكينة في الدين أصل وفرع بنابيع بل بجورا فلا غرو ان كانت كتبهم هذه مرجع كل فقيه في مذهب الامام الاعظم ومخبر حال من أراد الوقوف على استدلال الائمة وكيف الانحياز بالدليل الاسلام وروض علم غماره نتيجة أفكار المجتهدين وبحر هداية درره مسائل الفتوى المعصنين ولا بدع ان كان طبعها مجموعة من حسنات هذه الايام

ومن أكبر الدلائل على الملتزمينها من محبة النفع العام وذلك بالمطبعة الميمنية

بمصر المحروسة المحمية بجوار سيدي أحمد الرد برقر بيا من

الجامع الأزهر المنير وذلك في شهر رجب الفرد

سنة ١٣١٩ هجرية على صاحبها

أفضل صلاة وأتم

تحية آمين

أنه طاهر فقد جوز الغري
هناك فيما إذا كان الثوب
النجس والشوب الطاهر
نصفين وفي الذكبة والمينة
لم يجوز وأجيب بأن وجه
الفرق هو أن حكم الثياب
أخف من غير هالان الثياب
لو كانت كلها نجسة
كان له أن يصلي في بعضها
ثم لا يعيد صلاته لانه
مضطر الى الصلاة فيها
بخلاف مانحن فيه من الغنى
ويؤيده أن الرجل اذا لم
يكن معه الاثوب نجس فان
كان ثلاثة أرباعه نجسا
وربعه طاهر يصلي فيه
ولا يصلي عربا بالاجماع
فلما جازت صلاته فيموهو
نجس يقيمن فلان يجوز
بالغري حالة الاشتباه أولى
والله سبحانه وتعالى أعلم

* فهرست الجزء التاسع من تكملة فتح القدير لولا نا شمس الدين المعروف بقاضي زادده أفندي *

صفحة	موضوع	صفحة	موضوع
٢٣٢	فصل في الجنين	٢	كتاب احياء الموات
٢٣٩	باب ما يحدث الرجل في الطريق	١٢	فصول في مسائل الشرب
٢٥٣	فصل في الحائض المسائل	١٤	فصل في كسرى الانهار
٢٥٧	باب جنابة البهيمة والجنابة عليها	٢١	كتاب الاشربة
٢٧٠	باب جنابة المملوك والجنابة عليه	٤٠	فصل في طبع العصير
٢٨٦	فصل في الجنابة على العبد	٤٢	كتاب الصيد
٢٩٥	فصل في جنابة المدبر وأم الولد	٤٤	فصل في الجوارح
٢٩٧	باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك	٥٦	فصل في الرمي
٣٠٤	باب القسامة	٦٤	كتاب الرهن
٣٢٥	كتاب المعاقل	٨٢	باب ما يجوز ارتكبه والارثان به الخ
٣٤٠	كتاب الوصايا	٩٩	فصل ومن رهن عبدا بالقصاص الخ
٣٤٢	باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب	١٠٤	باب الرهن بوضع على يد العدل
	منه وما يكون رجوعا عنه	١١٠	باب التصرف في الرهن والجنابة عليه الخ
٣٦٨	باب في الوصية بثالث المال	١٢٨	فصل ومن رهن عصيرا الخ
٣٨٧	فصل في اعتبار حالة الوصية الخ	١٣٧	كتاب الجنائيات
٣٨٩	باب العتق في مرض الموت	١٤٩	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه
٣٩٥	فصل ومن أوصى بوصايا الخ	١٦٦	فصل ومن شهر على المسلمين شيئا فعليه -م أن يقتلوه
٣٩٩	باب الوصية للأقارب وغيرهم	١٦٧	باب القصاص فيما دون النفس
٤٠٩	باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة	١٨٣	فصل في حكم القتلين
٤١٦	باب وصية الذمي	١٩٥	باب الشهادة في القتل
٤١٩	باب الوصي وما عليه	٢٠١	باب في اعتبار حالة القتل
٤٣٤	فصل في الشهادة	٢٠٤	كتاب الديارات
٤٣٧	كتاب الخنثى	٢١٢	فصل فيما دون النفس
٤٣٨	فصل في بيانه	٢١٧	فصل في الشجاج
٤٣٩	فصل في أحكامه	٢٢١	فصل في الاطراف دون الرأس
٤٤٦	مسائل شتى		

* (ت) *

